

Der Luftangriff bei Kunduz: Völker- und verfassungsrechtliche Fragen

Fischer-Lescano, Andreas; Kommer, Steffen

Veröffentlichungsversion / Published Version
Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Fischer-Lescano, A., & Kommer, S. (2011). *Der Luftangriff bei Kunduz: Völker- und verfassungsrechtliche Fragen*. (ZERP-Arbeitspapier, 4). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62508-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

Universität Bremen

ZERP

Andreas Fischer-Lescano / Steffen Kommer

Der Luftangriff bei Kunduz.

Völker- und verfassungsrechtliche Fragen

IMPRESSUM

Herausgeber/	Zentrum für Europäische
Redaktion/	Rechtspolitik
Vertrieb:	Universität Bremen
	Universitätsallee, GW 1
	28359 Bremen
Nachdruck:	Nur mit Genehmigung des
	Herausgebers
ISSN (Internet):	1868-7520

Bremen, im Dezember 2011

Inhaltsverzeichnis

A. Fragestellung	3
B. Rechtliche Bewertung	7
I. Regelverletzung	8
1. Humanitäres Völkerrecht	8
1.1. Anwendbarkeit	8
1.1.1. Bewaffneter Konflikt in Afghanistan?	9
1.1.2. Maßnahme im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt?	10
1.1.3. Zwischenergebnis	11
1.2. Normverstoß	12
1.2.1. Verletzung der Rules of Engagement	17
1.2.1.1. Rechtsnatur der RoE: Internes Recht	20
1.2.1.2. Mittelbare Außenwirkung der RoE?	21
1.2.1.3. Zwischenergebnis	22
1.2.2. Unverhältnismäßiger Kollateralschaden	23
1.2.2.1. Ziviler oder militärischer Status der Opfer?	23
1.2.2.2. Verbot unverhältnismäßiger Kollateralschäden	25
1.2.2.2.1. Beurteilungsperspektive: Objektiver Verstoß	26
1.2.2.2.2. Unverhältnismäßigkeit	27
1.2.2.2.3. Objektive Erkennbarkeit	29
1.2.2.3. Zwischenergebnis	32
1.2.3. Vorsichtsmaßnahmen	32
1.2.3.1. Aufklärungspflicht	33
1.2.3.2. Warnungspflicht	36
1.2.3.3. Verletzung der Aufklärungs- und Warnpflicht	37
1.3. Zwischenergebnis	37
2. Europäische Menschenrechtskonvention	37
2.1. Anwendbarkeit	38
2.1.1. Extraterritoriale Geltung	38
2.1.2. Geltung der EMRK im bewaffneten Konflikt	40
2.2. Schutzpflicht (Art. 2 EMRK)	41
2.2.1. Keine Eingriffsrechtfertigung	41
2.2.2. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs	42
2.3. Untersuchungspflicht (Art. 2 i.V.m. 1 EMRK)	44
2.4. Zwischenergebnis	47
3. Grundgesetz	48
3.1. Anwendbarkeit des Grundgesetzes bei Auslandseinsätzen	48
3.2. Recht auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG)	50

3.3. Keine Rechtfertigung	51
3.4. Grundrechtsverletzung	55
4. Zwischenergebnis.....	56
II. Subjektive Rechte	57
1. Humanitäres Völkerrecht	57
2. Europäische Menschenrechtskonvention.....	57
3. Grundgesetz.....	58
4. Zwischenergebnis.....	58
III. Zurechnung zur Bundesrepublik Deutschland	59
1. Humanitäres Völkerrecht	59
1.1. Keine effektive Kontrolle der Vereinten Nationen	60
1.2. Keine effektive Kontrolle der NATO.....	61
1.3. Keine Zurechnung zur Islamischen Republik Afghanistan	61
1.4. Zwischenergebnis	61
2. Europäische Menschenrechtskonvention.....	62
2.1. Keine Zurechnung zu den Vereinten Nationen.....	62
2.2. Keine Zurechnung zur NATO.....	63
2.3. Keine Zurechnung zu Afghanistan.....	63
2.4. Zwischenergebnis.....	64
3. Grundgesetz.....	64
4. Zwischenergebnis.....	64
C. Zusammenfassung.....	65

A. Fragestellung

Seit Ende des Jahres 2002 beteiligt sich die Bundesrepublik Deutschland aufgrund entsprechender Ermächtigungen des Bundestags an der International Security Assistance Force (ISAF). Dem ISAF-Einsatz liegt ein Mandat des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta zugrunde. Der im Zuge der Durchführung des ISAF-Mandats erfolgte Luftangriff bei Kunduz in der Nacht vom 03. auf den 04. September 2009 stellt den folgenschwersten Einsatz in der Geschichte der Bundeswehr dar.

Der Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages zum Luftangriff bei Kunduz¹ hat eine Reihe neuer Tatsachen zu Tage befördert, welche im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Oberfeldwebel Wilhelm durch den Generalbundesanwalt nicht oder nur unzureichend aufgeklärt wurden.² Demnach ist dem Gutachten folgender Sachverhalt zugrunde zu legen:

Eine kleine Gruppe von Talibankämpfern entführte am Nachmittag des 3. September 2009 in der Nähe der Stadt Kunduz zwei mit Treibstoff gefüllte Tanklaster, um sie nach Chahar Darreh zu bringen. Die Fahrt der Tanklaster führte in die dem Feldlager des deutschen Provincial Reconstruction Teams (PRT) Kunduz entgegengesetzte Richtung. Ab ca. 18.00 Uhr versuchten die Talibankämpfer, mit den Tanklastern den Fluss Kunduz zu überqueren. Diese Stelle befindet sich etwa 7 km Luftlinie vom deutschen Feldlager entfernt. Nachdem die Tanklaster auf einer Sandbank in der Mitte des Flusses im Schlamm stecken blieben, gaben die Talibankämpfer die Weiterfahrt auf. Sie entschlossen sich, das Benzin an die lokale Bevölkerung zu verschenken. Einzelne Talibankämpfer begaben sich in die umliegenden Dörfer und daraufhin strömten zahlreiche Dorfbewohner zu den Tanklastern, darunter viele Kinder. Während des Fastenmonats Ramadan ist es in Afghanistan nicht ungewöhnlich, dass Menschen auch zur Nachtzeit unterwegs sind.

Die Task Force 47, eine deutsche Spezialkräfteeinheit, wurde am Abend gegen 20.00 Uhr durch einen Informanten der Task Force – den sog. „HUMINT-Kontakt“ – über die Entführung der Tanklaster informiert. Der Informant gab später an, dass die festgefahrenen Tanklaster durch die Aufständischen „ausgeschlachtet“ und nach der Entnahme des Benzins „in Brand ge-

1 Bericht des Verteidigungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss gemäß Artikel 45a Absatz 2 des Grundgesetzes (Im Folgenden: Bericht des Untersuchungsausschusses), BT Drs. 17/7400.

2 Generalbundesanwalt, Einstellungsvermerk – offene Version – vom 16.04.2010 (Im Folgenden: GBA-Vermerk).

setzt“ werden sollten.³ Auf Veranlassung des Hauptmann N., des zum damaligen Zeitpunkt ranghöchsten Offiziers der „Feldnachrichtenkräfte“ der Task Force 47, wurde daraufhin Oberst Klein, der Kommandeur des PRT Kunduz, über den Vorfall in Kenntnis gesetzt.

Gegen 00.15 Uhr ortete ein von Oberst Klein mit der Suche nach den entführten Fahrzeugen beauftragter B1-Bomber die Tanklaster und übertrug Video-Bilder aus einer Höhe von ca. sieben Kilometer über eine Rover-Verbindung von der Sandbank in den Gefechtsstand der Task Force 47, den Oberst Klein als Leiter des PRT Kunduz im Wege der Amtshilfe nutzte. Bei der Rover-Verbindung handelt es sich um eine Technik, mit der Luftbilder in Echtzeit in die Leitzentralen übertragen und dort auf Leinwände projiziert werden können. Die Bilder lassen sich auch rastern. Oberfeldwebel W., der Fliegerleitoffizier („Joint Terminal Attack Controller“, JTAC) schätzte anhand der Luftbilder, dass sich ca. 70 Personen auf der Sandbank befänden. Der JTAC teilte Oberst Klein zudem mit, er habe die Flugzeugbesatzung gebeten, ein sogenanntes PID (positive Identification) nach Waffen durchzuführen. Entgegen den Angaben des JTAC konnten durch die Piloten jedoch keine Handwaffen und Panzerabwehrwaffen aufgeklärt werden.⁴ Auch Oberst Klein konnte auf den übertragenen Videobildern selbst keine Waffen erkennen. Die Piloten des Kampfflugzeugs konnten nicht unterscheiden, ob die Personen auf der Sandbank Waffen oder Holzscheite, Kraftstoffkanister oder sonstige Gegenstände in der Hand hielten.⁵

Da das Flugzeug wegen Treibstoffmangel zurück fliegen musste, meldete Oberst Klein dem Hauptquartier der ISAF Truppen mit Feindberührung („troops in contact“), obwohl er sich bewusst war, dass von den Menschen um die Tanklaster kein gegenwärtiger Angriff ausging. Daraufhin erreichten bereits um 01.08 Uhr zwei F-15-Jagdflugzeuge den Luftraum über der Sandbank und meldeten sich beim JTAC Hauptfeldwebel Wilhelm an. Ab 01.17 Uhr konnten die Geschehnisse am Boden auf der Video-Leinwand wieder verfolgt werden.

Gegen 1.18 Uhr gab der JTAC Hauptfeldwebel W. aus dem Gefechtsstand der Task Force 47 auf Anordnung von Oberst Klein die Anweisung, dass auf Fahrzeuge und Personen ein Lufteingriff einzuleiten sei. Inzwischen waren immer mehr Fahrzeuge an den Fluss gekommen, darunter Autos, Pickups und

3 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 46.

4 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56, Sondervotum der Fraktion SPD, S. 230, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 369.

5 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56; deutlicher Sondervotum der Fraktion SPD, S. 230, und Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 378.

Traktoren mit Erwachsenen, aber auch Kindern und Jugendlichen. Auch Oberst Klein konnte während des Gesamtverlaufes über die Rover-Verbindung ein reges Kommen und Gehen auf der Sandbank beobachten. Es war aufgrund der aufgenommenen und projizierten Bilder für jeden unbefangenen Betrachter unverkennbar, dass sich insgesamt etwa 100 Personen um die Lastwagen herum aufhielten.

Trotz dieser Indizien, die eine massive Präsenz von Zivilpersonen um den Laster nahelegten, antwortete der Gefechtsstand der Task Force auf die wiederholt vorgebrachten Nachfragen aus dem Cockpit zum Status der anwesenden Personen, dass es Informationen gebe, dass alle Anwesenden Aufständische seien. Der Gefechtsstand führte diese Informationen auf den sog. „HUMINT-Kontakt“ zurück. Dieser bestätigte gegenüber dem Sprachmittler der Task Force 47 bis zum Angriff, dass sich nur „Taliban“ vor Ort befänden, ohne genauer zu spezifizieren, ob er unter „Taliban“ nur Kämpfer oder alle Personen im kampffähigen Alter meinte. Der Informant befand sich selbst nicht bei der Sandbank, sondern stützte seine Aussagen – ohne dass Oberst Klein davon berichtet wurde – auf nicht näher bezeichnete „Subkontakte“.⁶ Eine genaue Befragung des Informanten zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit seiner Angaben unterblieb. Insbesondere wurde nicht gefragt, was der Kontakt genau unter dem Begriff der „Taliban“ verstehe oder ob Kinder anwesend seien.⁷ Eine alternative Quelle wurde nicht hinzugezogen.

Den fünf Mal vorgetragenen Vorschlag der beiden Piloten der herbeigeeilten Jagdflugzeuge,⁸ einen tiefen Überflug (show of force) mit dem Ziel durchzuführen, die Menschen vor Ort zu warnen und ein genaueres Lagebild zu erhalten, lehnte Oberst Klein ab. Er unterließ es ferner, den Einsatz durch seinen Vorgesetzten General Vollmer genehmigen zu lassen, und nahm auch keinen Rechtsberater mit in den Gefechtsstand.⁹

Eine Analyse der Wirkung des Angriffs am Boden (Battle Damage Assessment) wurde durch ein Team des PRT Kunduz am 4. September gegen 12.34 Uhr auf der Sandbank durchgeführt.¹⁰ Dabei konnten nur noch „mini-

6 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Bewertung der Untersuchungsergebnisse, S. 178-179; Sondervotum der Fraktion SPD, S. 233 ff.

7 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56.

8 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 66, 147; Sondervotum der Fraktion DIE LINKE; S. 346.

9 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 58; Sondervotum der Fraktion SPD, S. 248; Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 322; Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 381.

10 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 70 ff.

malste Spuren“ von menschlichen Überresten ausfindig gemacht werden. Welche und wie viele Menschen tatsächlich durch den Luftangriff bei Kunduz ums Leben kamen, konnte dadurch nicht festgestellt werden.

Es stellen sich für deutsche Gerichtsverfahren folgende völker- und verfassungsrechtliche Fragen:

- I. Ist durch den Luftangriff bei Kunduz gegen eine Regel des humanitären Völkerrechts, der Europäischen Menschenrechtskonvention, des Grundgesetzes oder der NATO-Einsatzregeln verstoßen worden?
- II. Verleihen die verletzten Normen subjektive Rechte?
- III. Ist der Luftangriff bei Kunduz der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen?

B. Rechtliche Bewertung

I. Regelverletzung

Fraglich ist, ob der Einsatz rechtmäßig war. Anders als im strafrechtlichen Verfahren ist für die völker- und verfassungsrechtliche Würdigung des Falles nicht entscheidend, ob Oberst Klein schuldhaft gehandelt hat. Die völker- und verfassungsrechtliche Bewertung ist nach rein objektiven Kriterien vorzunehmen. Allein auf die Frage, ob es eine objektive Rechtswidrigkeit gab, kommt es an. Nur diese Frage ist daher Gegenstand der folgenden Ausführungen.

1. Humanitäres Völkerrecht

Der Einsatz könnte gegen das humanitäre Völkerrecht verstoßen haben.

1.1. Anwendbarkeit

Ein Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht kommt nur in Betracht, wenn dieses auf die vorliegende Situation anwendbar ist. Ob das humanitäre Völkerrecht, das auch Kriegsvölkerrecht oder Konfliktvölkerrecht genannt wird, zur Anwendung kommt, bemisst sich danach, ob der Einsatz im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt gestanden hat, auf den dieser Rechtskorpus anzuwenden ist.

Das humanitäre Völkerrecht wird in erster Linie aus den Haager Abkommen und dem sog. Genfer Recht gebildet. Die vier Genfer Abkommen (1949), GA I-IV,¹¹ sowie die beiden Genfer Zusatzprotokolle (1971), ZP I und ZP II,¹² stellen Verbotsnormen zum Schutze bestimmter in bewaffneten Konflikten besonders schutzbedürftiger Gruppen auf. Diese schützen insbesondere Verwundete, Kriegsgefangene und Zivilpersonen. Die Bundesrepublik hat die einschlägigen Abkommen und Zusatzprotokolle ratifiziert. An wesentliche Normen des humanitären Völkerrechts ist die Bundesrepublik darum völkerver-

11 I. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde v 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 783; 75 UNTS 31); II. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See v 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 813; 75 UNTS 85); III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen v 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 838; 75 UNTS 135); IV. Genfer Abkommen zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten v 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 917; 75 UNTS 287).

12 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 8.6.1977 (BGBl. 1990 II S. 1637); Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen v 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) v 8.6.1977 (BGBl 1990 II, 1637).

traglich gebunden. Das humanitäre Völkerrecht entfaltet aber auch Bindungswirkung insofern, als es in wesentlichen Teilen Völkergewohnheitsrecht darstellt, das alle Völkerrechtssubjekte bindet.¹³

1.1.1. Bewaffneter Konflikt in Afghanistan?

Das humanitäre Völkerrecht unterscheidet zwischen internationalen bewaffneten Konflikten und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten. In der erstgenannten Konstellation, dem typischen Staatenkrieg, kämpfen staatliche Kombattantenverbände gegeneinander. Die Spezialregeln hierzu finden sich im ZP I. In der zweiten Konstellation ist mindestens eine der Parteien nicht-staatlich organisiert. In dieser Konstellation, auf die grundsätzlich das ZP II anzuwenden ist, spricht man darum nicht von Kombattanten, sondern von „Kämpfern“, für die insbesondere die Kriegsgefangenenprivilegien, die Kombattanten im Fall ihrer Festnahme genießen, nicht zur Anwendung kommen sollen.

Welche Form des bewaffneten Konfliktes in Afghanistan vorliegt, ist im einzelnen sehr umstritten. Für die Kategorisierung des Konfliktes als „internationaler bewaffneter Konflikt“ spricht, dass der Konflikt eine deutliche internationale Dimension hat. Die Bundeswehr ist dort auf der Grundlage eines Mandats des Sicherheitsrates nach Kap. VII der UN-Charta im Rahmen der ISAF tätig. Die internationalen Truppen aus mehr als 40 Staaten unterstützen die afghanische Regierung. Die internationale Dimension des Konfliktes ergibt sich nach Auffassung mancher auch daraus, dass Pakistan nicht unwesentlich in die Konfliktsituation einbezogen ist und internationale Kämpfer aus Tschetschenien, Saudi-Arabien und anderen Ländern auf der Seite der Taliban beteiligt sind.

Dennoch kann die Situation nicht als „internationaler bewaffneter Konflikt“ klassifiziert werden, weil in der klassischen völkerrechtlichen Konzeption ein bewaffneter Konflikt nur dann als international bezeichnet werden kann, wenn er zwischen zwei oder mehreren Staaten ausgefochten wird. Das war in Afghanistan nur in den ersten Monaten der Fall, als die Taliban noch die Regierung in Afghanistan bildeten und von den USA direkt bekämpft wurden. Seit sie aus der Regierung vertrieben und durch eine neue Regierung unter Karsai ersetzt wurden, liegt rechtlich kein internationaler bewaffneter Konflikt mehr vor. Die internationalen Truppen kämpfen nicht gegen Afghanistan sondern unterstützen die Regierung Afghanistans gegen einen politischen Aufstand. Die Taliban sind darum als Aufständische zu behandeln. Diejenigen Taliban, die zu den kämpfenden Einheiten gehören, sind als Kämpfer zu behandeln.

13 J.-M. Henckaerts & Louise Doswald-Beck/ICRC, Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005, Bd. I, S. 25 ff.

Zum Zeitpunkt des Luftangriffs bei Kunduz lag in Nordafghanistan ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vor. Die Schwelle zur Anwendbarkeit des Konfliktvölkerrechts ist in Art. 1 II ZP II so ausgestaltet, dass Fälle „innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen“ nicht als bewaffnete Konflikte gelten. Die Situation in Nordafghanistan hatte zum Zeitpunkt des Angriffs auf die Tanklaster bei Kunduz aufgrund der Anzahl von Anschlägen durch Taliban-kämpfer auf afghanische Sicherheitskräfte und die International Security Assistance Force (ISAF) auch nach Auffassung des Generalbundesanwalts eine Intensität militärischer Gewalt erreicht, dass der Konflikt als ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt einzustufen war.¹⁴

Damit ist der Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts grundsätzlich eröffnet.

1.1.2. Maßnahme im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt?

Fraglich ist sodann, ob der Luftangriff bei Kunduz „im Zusammenhang“ mit einem bewaffneten Konflikt stand. Nicht alle hoheitlichen Maßnahmen in bewaffneten Konflikten finden ihre Grundlage und Begrenzung im humanitären Völkerrecht. Das gilt auch dann, wenn es sich um militärische Maßnahmen handelt, die auf der Grundlage einer Sicherheitsratsresolution nach Kap. VII der UN-Charta stattfinden. Zwar ist auch in solchen Konstellationen die Anwendung des humanitären Völkerrechts grundsätzlich gegeben. Zu fragen ist aber immer, ob die konkreten Maßnahmen auch Kampfmaßnahmen im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt darstellen oder ob sie als quasi-polizeiliche Maßnahmen einzuordnen und damit an anderen polizeirechtlichen Maßstäben zu messen sind. Entscheidend für die Einordnung in die jeweilige Kategorie ist das objektive Gepräge der jeweiligen Maßnahmen.

Wenn z.B. Bundeswehrsoldaten im Rahmen des ISAF-Einsatzes an einer Straßensperre in Kunduz, die verschiedene Sicherheitszonen voneinander trennt, in Selbstverteidigung auf ein bewaffnetes Fahrzeug schießen, das sich der Sperre nähert, handelt es sich nicht um eine Maßnahme „im Zusammenhang mit den Kampfhandlungen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes“, sondern um eine Maßnahme polizeilicher Art. Zwar finden auch polizeiliche Maßnahmen ihre äußerste Grenze im Recht des humanitären Völkerrechts.¹⁵ Jedoch ist insbesondere der Verhältnismäßigkeitsmaßstab bei frie-

14 Dazu ausführlich: GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 5 ff. und S. 41 ff.

15 I.d.S. auch Frister/Korte/Kreß, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt in Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen, JZ 2010, S. 10 ff. (15), m.w.N.

denswahrenden Einsatzformen unterhalb der Schwelle des bewaffneten Konflikts enger als der Maßstab im insofern robusteren kriegsvölkerrechtlichen Pendant.¹⁶

Im Einzelnen ist hier vieles streitig. Die Einsatzformen sind häufig schwer voneinander zu unterscheiden. Wechsel der militärischen Gesamtlage können sich auf das Einsatzgepräge auswirken. Identische Maßnahmen können abhängig von den Änderungen des Gesamtkontextes einmal als quasi-polizeiliche Tätigkeit der Friedenswahrung, die nicht im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt steht, einzustufen sein und einmal als militärische Kampfhandlung. Diese situations- und einzelfallbezogene Abgrenzung führt daher immer wieder zu Problemen.¹⁷

Für den Luftangriff bei Kunduz heißt das: Je nach Einschätzung kann der Diebstahl zweier Tanklaster durch die Taliban ein Eigentumsdelikt darstellen, das quasi-polizeilich verfolgt wird, oder aber eine Kampfhandlung im bewaffneten Konflikt, auf die militärisch reagiert wird. Für den Fall der Einstufung als Polizeimaßnahme würde ein im Vergleich zum humanitären Völkerrecht strengerer Maßstab der Verhältnismäßigkeit bei der Wahl des Vorgehens gelten. Der Maßstab des humanitären Völkerrechts würde dagegen zur Anwendung kommen, wenn zweifelsfrei festgestellt werden könnte, dass sich das objektive Gepräge der Tanklasterentführung als Kampfhandlung darstellt. Das könnte der Fall sein, wenn begründeter Anlass zur Sorge bestand, dass die Tanklaster durch Talibankämpfer als rollende Bomben im Kampf gegen die ISAF-Truppen eingesetzt werden könnten.

Die Abgrenzung Eigentumsdelikt/Kampfhandlung ist abhängig von der konkreten Beweisaufnahme, den Umständen der Entführung des Tanklasters, der Fahrtroute, auch der realistischen Durchführbarkeit einer Kampfhandlung mittels Tanklastern. Ohne gerichtliche Beweisaufnahme ist diese Abgrenzung im Grunde unmöglich. Das Gutachten lässt diese Entscheidung daher offen und prüft den Maßstab des humanitären Völkerrechts, der den handelnden Soldaten den größeren Spielraum für die Einschätzung der Verhältnismäßigkeit lässt.

1.1.3. Zwischenergebnis

Das Gutachten legt daher in der Folge den Maßstab zugrunde, der die geringsten Anforderungen an die Zulässigkeit militärischer Gewalt stellt. Das Gutach-

16 Frister/Korte/Kreß (Fn. 15). S. 16.

17 Ausf. Thilo Marauhn, Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland. Zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz, DGVR 2010, S. 249 ff.

ten prüft den Einsatz am Maßstab des humanitären Völkerrechts und nicht am strengeren Maßstab, der an polizeiliche Maßnahmen anzulegen ist.

1.2. Normverstoß

Fraglich ist, welche konfliktvölkerrechtlichen Normen durch den Luftangriff bei Kunduz verletzt sein könnten.

Ein Normverstoß könnte vorliegend in der Tötung von Zivilpersonen im Rahmen des Luftangriffs liegen. Denn eines der wesentlichen Prinzipien des Konfliktvölkerrechts verlangt, dass bei der Durchführung militärischer Maßnahmen alles getan werden muss, um Zivilpersonen zu schützen. Zu diesem Zweck ist zwischen Kombattanten bzw. Kämpfern und Angehörigen der Zivilbevölkerung und zwischen militärischen und zivilen Zielen zu unterscheiden (Unterscheidungsprinzip). Dieses Grundprinzip gilt im internationalen und auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Die für die Beachtung dieses Grundprinzips anzuwendenden Sorgfaltsstandards wurden in den letzten Jahren maßgeblich weiterentwickelt.

Die Pflicht zwischen Zivilpersonen und Kämpfern/Kombattanten zu unterscheiden enthält zunächst einmal der gemeinsame Art. 3 der GA:

1. Personen, die nicht direkt an den Feindseligkeiten teilnehmen, einschliesslich der Mitglieder der bewaffneten Streitkräfte, welche die Waffen gestreckt haben, und der Personen, die infolge Krankheit, Verwundung, Gefangennahme oder irgendeiner anderen Ursache ausser Kampf gesetzt wurden, sollen unter allen Umständen mit Menschlichkeit behandelt werden, ohne jede Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der Farbe, der Religion oder des Glaubens, des Geschlechts, der Geburt oder des Vermögens oder aus irgendeinem ähnlichen Grunde.

Zu diesem Zwecke sind und bleiben in bezug auf die oben erwähnten Personen jederzeit und jedenorts verboten:

a. Angriffe auf Leib und Leben [...]

Schon der IGH hatte im Nicaragua-Urteil festgehalten, dass auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt der gemeinsame Art. 3 der GA völkergeohnheitsrechtlich zur Anwendung kommt.¹⁸ Das Jugoslawientribunal hat an diese Rechtsprechung angeknüpft und den Anwendungsbereich der Grundsätze des gemeinsamen Art. 3 auf bewaffnete Konflikte bezogen „regardless of

18 IGH, Nicaragua, ICJ Rep. 1986, 14 (113 ff.).

whether it is international or internal“.¹⁹

Unmittelbar anwendbar im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ist Art. 13 ZP II. Die Bundesrepublik hat das ZP II ratifiziert, weshalb deutschen Staatsorganen nach Art. 13 ZP II verbotene Handlungsweisen untersagt sind. Die Norm lautet:

1. Die Zivilbevölkerung und einzelne Zivilpersonen genießen allgemeinen Schutz vor den von Kampfhandlungen ausgehenden Gefahren. Um diesem Schutz Wirksamkeit zu verleihen, sind folgende Vorschriften unter allen Umständen zu beachten.

2. Weder die Zivilbevölkerung als solche noch einzelne Zivilpersonen dürfen das Ziel von Angriffen sein. Die Anwendung oder Androhung von Gewalt mit dem hauptsächlichen Ziel, Schrecken unter der Zivilbevölkerung zu verbreiten, ist verboten.

3. Zivilpersonen genießen den durch diesen Teil gewährten Schutz, sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.

Zivilpersonen, die nicht an den Kampfhandlungen teilnehmen, genießen insbesondere Schutz vor direkter Tötung. So verbietet Art. 4 II lit. a) ZP II

Angriffe auf das Leben, die Gesundheit und das körperliche oder geistige Wohlbefinden von Personen, insbesondere vorsätzliche Tötung und grausame Behandlung wie Folter, Verstümmelung oder jede Art von körperlicher Züchtigung.

Detailliertere Schutznormen für internationale bewaffnete Konflikte enthält das ZP I, die inzwischen völkergewohnheitsrechtlich auch im Zusammenhang nicht-internationaler bewaffneter Konflikte zur Anwendung kommen.²⁰ Bei allem Streit darüber, wie die Kategorie der Kämpfer im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zu definieren ist und welche Rechte und Pflichten daraus folgen, herrscht im Hinblick auf die Schutzseite Einigkeit: Zivilpersonen sind zu schützen.²¹

19 ICTY, Prosecutor v. Tadic, Trial Chamber, 10.08.1995, § 64; bestätigt durch ICTY, Appeal Chamber, 02.10.1995, § 97.

20 Henckaerts/Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, Regeln 15 bis 20; siehe auch HPCR, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, S. 15, Mai 2009, abrufbar unter (31.10.2011): www.ihlresearch.org/amw/manual/.

21 Instruktiv Michael Bothe, Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt, in: Klaus Dicke/Stephan Hobe/Karl-Ulrich Meyn/Anne

So hält das Jugoslawientribunal das Unterscheidungsprinzip für Gewohnheitsrecht und formuliert: „Article 50 of Additional protocol I [...] contains a definition of civilians and civilian population, and the provisions in this article may largely be viewed as reflecting customary law.“²² Die Berufungskammer des Jugoslawientribunals hat zudem deutlich gemacht, dass dieses Prinzip gleichermaßen im internationalen und im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zur Anwendung kommt:

*„customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities“.*²³

Die beiden zentralen Normen des ZP I, die in ihrer völkergewohnheitsrechtlichen Ausprägung auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt Anwendung finden, sind Art. 50 und Art. 51 des ZP I. Art. 51 ZP I ist in seinen Absätzen 1 bis 3 mit Art. 13 des ZP II identisch. In den Absätzen 4 bis 8 differenziert Art. 51 ZP I aber Grundsätze zum Schutz der Zivilbevölkerung aus, die gewohnheitsrechtlich gelten und die die in Art. 13 ZP II genannten Pflichten ergänzen. Die einschlägigen Absätze lauten:

Art. 51 Schutz der Zivilbevölkerung

[...]

4. Unterschiedslose Angriffe sind verboten. Unterschiedslose Angriffe sind

a) Angriffe, die nicht gegen ein bestimmtes militärisches Ziel gerichtet werden,

b) Angriffe, bei denen Kampfmethoden oder -mittel angewendet werden, die nicht gegen ein bestimmtes militärisches Ziel gerichtet werden können, oder

c) Angriffe, bei denen Kampfmethoden oder -mittel angewendet werden, deren Wirkungen nicht entsprechend den Vorschriften dieses Protokolls

Peters/Eibe Riedel/Hans-Joachim Schütz/Christian Tietje (Hg.): Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück, Berlin (Duncker & Humblot) 2005, S. 67 ff. (76 ff.).

22 ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Appeal Chamber, 29.07.2004, § 110.

23 ICTY, Appeal Chamber, 02.10.1995, § 127.

begrenzt werden können und die daher in jedem dieser Fälle militärische Ziele und Zivilpersonen oder zivile Objekte unterschiedslos treffen können.

5. Unter anderem sind folgende Angriffsarten als unterschiedslos anzusehen:

a) ein Angriff durch Bombardierung – gleichviel mit welchen Methoden oder Mitteln – bei dem mehrere deutlich voneinander getrennte militärische Einzelziele in einer Stadt, einem Dorf oder einem sonstigen Gebiet, in dem Zivilpersonen oder zivile Objekte ähnlich stark konzentriert sind, wie ein einziges militärisches Ziel behandelt werden, und

b) ein Angriff, bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.

6. Angriffe gegen die Zivilbevölkerung oder gegen Zivilpersonen als Repressalie sind verboten.

7. Die Anwesenheit oder Bewegungen der Zivilbevölkerung oder einzelner Zivilpersonen dürfen nicht dazu benutzt werden, Kriegshandlungen von bestimmten Punkten oder Gebieten fernzuhalten, insbesondere durch Versuche, militärische Ziele vor Angriffen abzuschildern oder Kriegshandlungen zu decken, zu begünstigen oder zu behindern. Die am Konflikt beteiligten Parteien dürfen Bewegungen der Zivilbevölkerung oder einzelner Zivilpersonen nicht zu dem Zweck lenken, militärische Ziele vor Angriffen abzuschildern oder Kriegshandlungen zu decken.

8. Eine Verletzung dieser Verbote enthebt die am Konflikt beteiligten Parteien nicht ihrer rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Zivilbevölkerung und Zivilpersonen, einschliesslich der Verpflichtung, die in Artikel 57 vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen zu treffen.

Dass diese Grundzüge des Schutzes von Zivilpersonen auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gelten, ergibt sich auch aus der Untersuchung des *International Committee of the Red Cross*, das in einer Bestandsaufnahme zum völkergewohnheitsrechtlichen *ius in bello* folgende gemeinsame Grundregeln für internationale (IAC) und nicht-internationale (NIAC) bewaffnete Konflikte identifiziert, die Teil des Völkergewohnheits-

rechts sind und die geltenden Sorgfaltsregeln konkretisiert:

The Principle of Distinction

Rule 1. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians. [IAC/NIAC]

Rule 2. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited. [IAC/NIAC]

Rule 3. All members of the armed forces of a party to the conflict are combatants, except medical and religious personnel. [IAC]

Rule 4. The armed forces of a party to the conflict consist of all organised armed forces, groups and units which are under a command responsible to that party for the conduct of its subordinates. [IAC]

Rule 5. Civilians are persons who are not members of the armed forces. The civilian population comprises all persons who are civilians. [IAC/NIAC]

Rule 6. Civilians are protected against attack, unless and for such time as they take a direct part in hostilities. [IAC/NIAC]

...

Rule 14. Launching an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated, is prohibited. [IAC/NIAC]

Rule 15. In the conduct of military operations, constant care must be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects. All feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimise, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects. [IAC/NIAC]

Rule 16. Each party to the conflict must do everything feasible to verify that targets are military objectives. [IAC/NIAC]

Rule 17. Each party to the conflict must take all feasible precautions in the choice of means and methods of warfare with a view to avoiding, and in any event to minimising, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects. [IAC/NIAC]

Rule 18. Each party to the conflict must do everything feasible to assess whether the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated. [IAC/NIAC]

Rule 19. Each party to the conflict must do everything feasible to cancel or suspend an attack if it becomes apparent that the target is not a military objective or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated. [IAC/NIAC]

*Rule 20. Each party to the conflict must give effective advance warning of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit. [IAC/NIAC]*²⁴

Fraglich ist, ob beim Luftangriff bei Kunduz diese Schutzpflichten hinreichend Beachtung gefunden haben. In Betracht kommt, dass die Pflicht zum Schutz der Zivilbevölkerung schon dadurch verletzt wurde, dass die einschlägigen Rules of Engagement (dazu 1.2.1.) nicht beachtet wurden. Zu prüfen ist ferner, ob das Verbot unterschiedsloser Angriffe (dazu 1.2.2.) und das Gebot, hinreichende Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen (dazu 1.2.3.), Beachtung gefunden haben.

1.2.1. Verletzung der Rules of Engagement

Möglicherweise wurden bei dem Luftangriff von Kunduz die Einsatzregeln, Rules of Engagement (RoE), verletzt. Dies könnte eine Verletzung des humanitären Völkerrechts indizieren.

Die RoE sind (regelmäßig geheime) Anweisungen, in denen ein genereller Handlungsmaßstab für den jeweiligen Einsatz festgelegt wird. Sie werden als

24 Hierzu J.-M. Henckaerts, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rules of Law in Armed Conflict, in: International Review of the Red Cross 87/857 (2005), S. 175 ff.

Annex zum jeweiligen Operationsplan beschlossen.²⁵ Es handelt sich um Anweisungen an militärische Kräfte, die den Umfang und die Art und Weise definieren, wie in den Einsätzen Gewalt zur Anwendung kommen soll. Idealerweise konkretisieren die RoE bei UN-legitimierten Einsätzen die Ermächtigung durch den Sicherheitsrat und die Anforderungen des humanitären Völkerrechts. RoE sind an diesen Rechtsnormen zu messen. Wo sie über die jeweilige Ermächtigung hinausgehen, dürfen sie nicht zur Anwendung kommen.

Das ISAF-Kommando hat für Luftangriffe detaillierte Regelungen beschlossen. Das beginnt mit den Voraussetzungen für die Anforderung von Luftnahunterstützung (close air support). Diese soll nur gewährt werden, wenn die eigenen Truppen Feindberührung haben (troops in contact) oder wenn eine „unmittelbare Bedrohung“ (imminent threat) vorliegt. Auch hinsichtlich der Ermächtigung zum Gewalteinsatz machen die ISAF-RoE zahlreiche Vorgaben: So liegt die Ermächtigung zur Anwendung der Einsatzregeln grundsätzlich beim ISAF-Kommandeur. Ein Rechtsberater soll hinzugezogen werden. Nur in zeitkritischen Situationen darf ein Einheitsführer im Range eines Oberst selbständig über die Anwendung von Einsatzregeln verfügen. Die ISAF-Einsatzregel 421 erlaubt einen Waffeneinsatz im Falle einer konkreten Verteidigungssituation (imminent threat). Demgegenüber erlaubt die Einsatzregel 429 die gezielte Tötung von Aufständischen, auch außerhalb einer konkreten Verteidigungssituation,²⁶ soweit diese Angriffe gegen afghanische Sicherheitskräfte oder ISAF vorbereiten,²⁷ also Kämpfer im Sinne des humanitären Völkerrechts sind. Voraussetzung ist aber, dass die angegriffenen Personen klar als Aufständische (insurgents) identifiziert sind, also auszuschließen ist, dass es sich um Zivilpersonen handelt. Ferner sehen die RoE vor, dass zum Schutz der Zivilbevölkerung vor dem Einsatz von Waffengewalt eine Warnung abzugeben ist.

Eine Reihe dieser Regeln könnte durch den Luftangriff verletzt worden sein. So stellt das Sondervotum der SPD im Abschlussbericht zum Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages fest, der Einsatz habe die folgenden Verfahrensvorschriften verletzt, die so in den RoE vorgesehen seien:²⁸

- Der B1-Bomber hätte durch den JTAC nicht eingesetzt werden dürfen, um nach den Tanklastern zu suchen, ohne dass diese Abweichung von dessen ursprünglichem Auftrag zuvor mit dem ISAF Gefechtsstand für Luftunterstützung in Kabul (ASOC) abgestimmt worden war.

25 Frister/Korte/Kreß (Fn. 15), S. 10 ff. (16).

26 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 247.

27 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 242.

28 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 252.

- Der Befehl von Oberst Klein an seinen JTAC, gegenüber dem ASOC einen „TIC“ [troops in contact] zu erklären, habe gegen ISAF-Einsatzregeln verstoßen, weil das taktische Lagebild am Boden weder eine „Feindberührung“ noch eine „unmittelbare Bedrohung“ darstellte. Die Luftnahunterstützung hätte in dieser Nacht von Oberst Klein so nicht angefordert werden dürfen.
- Es sei in dieser Nacht noch nicht einmal ein formal eindeutiger Ausschluss der möglichen Betroffenheit eigener oder verbündeter Kräfte durch den geplanten Waffeneinsatz erfolgt.
- Oberst Klein und sein JTAC hätten es versäumt, den Waffeneinsatz auf eine klare Grundlage zu stellen und die herangezogene Einsatzregel (RoE) gegenüber den F15-Piloten deutlich zu benennen.
- Die Vorgaben der dem Waffeneinsatz angeblich zu Grunde gelegten RoE 429 seien nicht erfüllt worden.
- Oberst Klein habe schon aufgrund seiner Stellung als PRT Kommandeur nicht die Befugnis innegehabt, einen derartigen *offensiven* Waffeneinsatz freizugeben, die Waffeneinsatzbefugnis im Rahmen der RoE könne allenfalls auf Kommandeure der *Task Force* delegiert werden.
- Die offensichtlichen Unklarheiten und Unsicherheiten hinsichtlich der bei dem Waffeneinsatz anzuwendenden Einsatzregeln hätten mit hoher Wahrscheinlichkeit vermieden werden können, wenn Oberst *Klein* den im PRT Kunduz vorhandenen Rechtsberater eingebunden hätte, wozu er nach den Einsatzregeln für den *offensiven* Waffeneinsatz auch verpflichtet gewesen wäre.
- Die Oberst Klein vorliegenden Informationen einer einzelnen HUMINT-Quelle reichten allein nicht aus, um bei einem derart komplexen und schwierigen, sich andauernd verändernden Zielgebiet eine eindeutige Identifizierung (PID) sämtlicher Personen vor Ort als legitime militärische Ziele vorzunehmen.
- Darüber hinaus habe es sowohl Oberst Klein als auch dem JTAC an den erforderlichen Kenntnissen der im Rahmen des *offensiven* Waffeneinsatzes auf Grundlage der RoE 429 anzuwendenden Verfahren der Ziel- und Wirkungsanalyse gefehlt und man habe regelwidrig versäumt, weitere Stellen im Rahmen des Systems der gegenseitigen Kontrolle und Verantwortung in die Entscheidung einzubinden.
- Weiterhin habe Oberst Klein pflichtwidrig die Durchführung einer „abschreckenden Machtdemonstration“ („*Show of Force*“) durch einen tiefen Überflug mit dem Ziel der Warnung möglicher Zivilpersonen vor dem Bombenabwurf verweigert.

- Schließlich habe Oberst Klein pflichtwidrig darauf verzichtet, unmittelbar nach dem Bombenabwurf eine angemessene Wirkungsanalyse sicherzustellen. Zumindest durch den Einsatz unbemannter Luftfahrzeuge hätte der Angriffsort überwacht und Bodentruppen hätten unmittelbar nach Tagesanbruch dorthin verlegt werden müssen.

Fraglich ist aber, ob aus diesen Verletzungen tatsächlich zu schließen wäre, dass der Luftangriff völkerrechtswidrig war. Das hängt von der Rechtsnatur der RoE ab (1.2.1.1.) und von der Beantwortung der Frage, ob der Rechtscharakter der RoE generell ausschließt, dass eine Außenwirkung der Regeln eintritt (1.2.1.2.).

1.2.1.1. Rechtsnatur der RoE: Internes Recht

Die RoE legen allgemeine Regeln über die Bedingungen und die Art und Weise des Einsatzes militärischer Gewalt für Auslandsmissionen fest.²⁹ Diese Regeln werden nicht veröffentlicht und unterliegen der Geheimhaltung. Den Soldatinnen und Soldaten wird regelmäßig eine verkürzte Form der RoE als sog. „Taschenkarte“ ausgehändigt. RoE können je nach Einsatzcharakter sehr unterschiedlich sein. Die NATO-RoE erlauben zudem nationale opt outs. Die Bundeswehr hatte beispielsweise in Afghanistan bis zum Juni 2009 die RoE 421, 422, 429 a und b nicht freigegeben. Erst im Zuge der robusteren Ausrichtung des Mandats erfolgte die Freigabe.³⁰

Nach hM entfalten die RoE keine rechtssetzende Wirkung. Sie sind – vergleichbar mit den innerdienstlichen Behördenanweisungen im nationalen Recht – internes Recht einer Internationalen Organisation und können auch als

29 Allgemein Weber, Rules of Engagement, HuV-I 2001, 76 ff.; Dreist, Rules of Engagement in multinationalen Operationen, NZWehrr 2007, S. 45 ff., 99 ff. und 146 ff.

30 Die Frage, ob diese robustere Ausrichtung mit dem Bundestagsmandat möglicherweise unvereinbar war, wird in diesem Gutachten nicht vertieft. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, impliziert die Verletzung des Bundestagsmandats zunächst einmal nur die Verletzung eines objektiven Rechts. Dass diese Verletzung objektiven Rechts unter Umständen auch subjektivrechtliche Folgen haben kann (beispielsweise über die Eingriffsrechtfertigung, sofern ein Grundrecht tangiert ist), ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Im Vergleich zu den im Gutachten behandelten Rechtsfragen ist dieser Begründungsweg aber eher aufwendig, weshalb das Gutachten die Rechtmäßigkeit der Mandatserteilung (Hätte das Parlament nicht die wesentlichen Rahmenbedingungen des Einsatzes deutlicher als durch Verweis auf die Resolution des Sicherheitsrates regeln müssen?) und die Frage der Einhaltung des Mandats offen lässt.

transnationale Verwaltungsvorschriften bezeichnet werden.³¹

1.2.1.2. Mittelbare Außenwirkung der RoE?

Wie bei nationalen Verwaltungsvorschriften stellt sich die Frage, ob die RoE trotz ihres Charakters als organisationales Innenrecht eine, wenn auch mittelbare, Außenwirkung entfalten können.

Während das nationale Verwaltungsrecht eine ausdifferenzierte Außenwirkungslehre für Verwaltungsvorschriften entwickelt hat, die zwischen normkonkretisierenden, normauslegenden, ermessenlenkenden und gesetzesvertretenden Verwaltungsvorschriften differenziert, ist das globale Verwaltungsrecht in dieser Frage bislang wenig detailreich. Für RoE kommt hinzu, dass diese eine besondere Form des Innenrechts darstellen, die sich gerade dadurch auszeichnet, dass es nicht öffentlich gemacht wird. Das unterscheidet die RoE von innerdienstlichen Weisungen und Entscheidungsleitlinien, die transparent gemacht werden.

Den RoE kann dennoch eine wichtige Bedeutung bei der Bestimmung der Reichweite des Einsatzmandates im Rahmen der Auslegung der jeweiligen Resolution des Sicherheitsrates zukommen.³² Soweit die Gewaltanwendung durch die RoE Beschränkungen erfährt, liegt darin ein Hinweis begründet, dass auch das Mandat des Sicherheitsrates ein über diesen Standard hinausgehendes militärisches Vorgehen nicht legitimiert.

Dasselbe gilt im Hinblick auf die Auslegung der Normen des humanitären Völkerrechts, der allgemeinen Menschenrechte und des Umfangs des Bundestagsmandats. Auch hier treffen die RoE regelmäßig Festlegungen, die die allgemeinen Verpflichtungen zu konkretisieren suchen.³³

Eine Besonderheit gibt es bei der Gestaltung funktioneller Zuständigkeiten in RoE, wie etwa den sog. Vorgesetztenvorbehalten. Im nationalen Recht haben Behördenleiter- und Richtervorbehalte in Gesetzesform eine Außenwirkung, Verstöße hiergegen führen immer zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme.³⁴ Anders ist die Lage, wenn solche Vorbehalte innenrechtlich formuliert werden. Dann gilt es zu fragen, ob die funktionellen Zuständigkeitsregeln

31 Frister/Korte/Kreß (Fn. 15), S. 16; zum global administrative law generell Cassese, *Is there a global administrative law?*, in: Bogdandy u.a. (Hrg.), *The exercise of public authority by international institutions*, Heidelberg 2010, S. 761 ff.

32 Frister/Korte/Kreß (Fn. 15), S. 17.

33 Spies, *Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen*, in: Weingärtner (Hrsg.) *Einsatz der Bundeswehr im Ausland*, 2007, S. 115 ff. (123 ff.).

34 Rachor, in: Lisken/Denning, *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. 2007, Kap F Rdn. 356.

Sorgfaltsmaßstäbe des humanitären Völkerrechts oder der allgemeinen Menschenrechte rechtswirksam konkretisiert haben.

Sofern RoE durch Vorgesetztenvorbehalte und die Statuierung von Verfahrensanforderungen Vorgaben für die Durchführung von Operationen geben, legen die RoE als Innenrecht bestimmte Sorgfaltsanforderungen fest. Diese können einerseits als nachfolgende Staatenpraxis nach Art. 31 III der Wiener Vertragsrechtskonvention für eine Interpretation völkerrechtlicher Sorgfaltsanforderungen bedeutsam sein. Sie können aber auch den Möglichkeitsraum gebotener Sorgfaltsmaßnahmen aufzeigen. Wenn beispielsweise Art. 57 II lit. a) i) ZP I, dessen Wertungen gewohnheitsrechtlich auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zur Anwendung kommen, vorschreibt, dass der Angreifer bei einer militärischen Maßnahme

alles praktisch Mögliche zu tun [hat], um sicherzugehen, dass die Angriffsziele weder Zivilpersonen noch zivile Objekte sind und nicht unter besonderem Schutz stehen, sondern militärische Ziele im Sinne des Artikels 52 Absatz 2 sind und dass der Angriff nicht nach diesem Protokoll verboten ist,

dann können die RoE Anhaltspunkte dafür geben, was „praktisch möglich“ gewesen wäre.

Wenn ein Abweichen von den RoE zu einer Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs führt, verschiebt das die Darlegungslast. Bei Nichtbeachtung der RoE ist konkret nachzuweisen, warum die Einhaltung der RoE praktisch nicht möglich war und warum auch eine Einhaltung der RoE eine Schädigung der Zivilbevölkerung nicht hätte verhindern können. Denn wenn die RoE mögliche Sorgfaltsmaßnahmen beschreiben, ist die Absenkung dieses Standards begründungsbedürftig. Ein Abweichen von den RoE ist substantiiert zu begründen.

1.2.1.3. Zwischenergebnis

Rules of Engagement stellen somit eine Form transnationalen Verwaltungsinnenrechts dar, das nach hM keine unmittelbare begrenzte Außenwirkung erlangt. Sofern bei dem Lufteinsatz bei Kunduz RoE verletzt wurden, kann diese Verletzung aber Rechtsverstöße innerhalb der jeweiligen Normkomplexe – Mandat, humanitäres Völkerrecht, Menschenrechte – indizieren. Aus einer Nichtbeachtung sorgfaltsmaximierender RoE können gesteigerte Darlegungslasten im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme resultieren. Das betrifft die im Folgenden darzustellenden Sorgfaltsanforderungen des humanitären Völkerrechts und die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der allgemeinen Menschenrechte gleichermaßen.

1.2.2. Unverhältnismäßiger Kollateralschaden

Aus den genannten Normen, die den Schutz von Zivilpersonen bezwecken, folgt zunächst das Verbot, direkte Angriffe gegen Zivilpersonen zu führen. Das ergibt sich aus Art. 4 ZP II, Art. 51 II und III ZP I und dem gemeinsamen Art. 3 der GA. Das Verbot ist zugleich auch aus der Grundregel des Art. 48 ZP I zu schließen, wonach die am Konflikt beteiligten Parteien jederzeit zwischen der Zivilbevölkerung und Kombattanten bzw. Kämpfern sowie zwischen zivilen Objekten und militärischen Zielen unterscheiden müssen und daher ihre Kriegshandlungen nur gegen militärische Ziele richten dürfen.

An diesen Grundsatz schließen sich vorliegend zwei Fragen an: Waren die Personen um die Tanklastwagen als geschützte Zivilpersonen zu behandeln (dazu 1.2.2.1)? Liegt im Hinblick auf den Einsatz von Kunduz ein unverhältnismäßiger Kollateralschaden vor (dazu 1.2.2.2)?

1.2.2.1 Ziviler oder militärischer Status der Opfer?

Ob eine Person im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt als geschützte Zivilperson gilt, bemisst sich in erster Linie nach Art. 13 III ZP II. Danach genießen Zivilpersonen Schutz, „sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.“

Das heißt, dass es im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt geschützte und ungeschützte Zivilpersonen gibt. Zivilpersonen sind grundsätzlich geschützt, wenn sie aber an Kampfhandlungen teilnehmen, sind sie für die Dauer der Kampfhandlung (und nur „solange“) nicht geschützt. Weitere Kategorien im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sind die Mitglieder der Streitkräfte, also die organisierten bewaffneten Kräfte des beteiligten Staates (vgl. Art. 43 I ZP I), und auf der Seite der Aufständischen die Kämpfer, die Mitglied in einer organisierten bewaffneten Gruppe sind und einen direkten Kampfauftrag haben.

Die zentrale kriegsvölkerrechtliche Pflicht ist somit im internationalen wie im nicht-internationalen Konflikt, dass alle Personen, die keine Kämpfer sind, als Zivilpersonen behandelt werden müssen. Als solche verlieren sie ihren Schutz nur, sofern und solange sie tatsächlich an Kampfhandlungen teilnehmen, Art. 3 GK und Art. 13 II, III ZP II. Nach der Vermutungsregel des Art. 50 I Satz 2 ZP I, die in ihrer gewohnheitsrechtlichen Ausprägung auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt Anwendung findet, gilt im Zweifelsfall die betreffende Person als geschützte Zivilperson.³⁵

In Anwendung dieser grundsätzlichen Einordnungen sind drei Gruppen, die

35 Siehe die Darstellung bei Bothe (Fn 21), S. 67 (82), m.w.N.

bei dem Einsatz betroffen sein könnten, zu unterscheiden:

1. *Kämpfer*: Als Kämpfer (und damit als legitime Ziele des Lufteinsatzes) sind nur diejenigen Aufständischen einzuordnen, die zu dem besonderen administrativen Apparat der Aufständischen gehören, der die Aufgabe hat, Kampfhandlungen durchzuführen.³⁶ Das mag für die kleine Gruppe der Entführer der Tanklastwagen gelten, soweit sie dauerhaft in den organisierten und aktiv kämpfenden Teil der Taliban eingebunden waren. Das gilt in jedem Fall nicht für die beiden Lastwagenfahrer. Auch die Dorfbewohner, die nicht zum administrativen Apparat der Taliban mit Kampfauftrag gehörten, sind nicht als Kämpfer einzuordnen.

2. *Geschützte Zivilpersonen*: Zu den geschützten Zivilpersonen gehören grundsätzlich alle diejenigen Personen, die nicht als Kämpfer in der Aufstandsbewegung organisiert sind. Sie sind zu schützen, solange sie nicht unmittelbar an Kampfhandlungen teilnehmen (vgl. Art. 13 Abs. 3 ZP II). Die Zweifelsregel nach Art. 50 I 2 ZP I kommt zur Anwendung: Im Zweifel gelten die Personen als geschützte Zivilpersonen.

3. *Ungeschützte Zivilpersonen*: Soweit und solange Personen, die nicht als Kämpfer in die dauerhafte Organisation der aufständischen Gruppe eingegliedert sind, sich an Feindseligkeiten beteiligen, sind sie als ungeschützte Zivilpersonen anzusehen. Eine unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten setzt voraus, dass die Kampfhandlung zu einem unmittelbaren militärischen Schaden einer Konfliktpartei führt (*belligerent nexus*).³⁷ Handlungen „that merely build or maintain the capacity of a party to harm its adversary in unspecified future operations do not amount to \"direct\" participation in hostilities, even if they are connected to the resulting harm through an uninterrupted chain of events and may even be indispensable to its causation, such as the production of weapons and ammunition or general recruiting and training of personnel.“³⁸ Es muss also eine direkte militärische Beteiligung vorliegen, nur dann verlieren die Zivilpersonen ihren Schutzanspruch nach dem humanitären Völkerrecht. Bloße Unterstützungsmaßnahmen gelten daher nicht als „unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten“

36 ICRS, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law; Genf 2009 (Im Folgenden: ICRS-Guidance), S. 71 ff. abrufbar unter (03.11.2011): <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-872-p991.htm>>.

37 ICRS-Guidance (Fn. 36), S. 46, 58 ff.

38 Nils Melzer, The ICRC's Clarification Process on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, abrufbar unter (letzter Abruf: 14.11.2011) http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_The_ICRC_Clarification_Process_Nils_Melzer.pdf, S. 7.

i.S.d. Art. 13 III ZP II.

Fraglich ist, ob hinsichtlich der Dorfbewohnerinnen und -bewohner, die sich den Treibstoff aneignen wollten, ein kriegesischer Nexus gegeben ist. Vorliegend war der Treibstoff zwar für die ISAF-Truppen bestimmt, aber noch im Eigentum eines privaten Logistik-Unternehmens und räumlich weit vom Bestimmungsort entfernt. Von der erforderlichen Nähebeziehung kann daher nicht ausgegangen werden. Auch der weitere Gesichtspunkt der Stärkung der einen Konfliktpartei mit der Folge der unmittelbaren Schädigung der Gegenpartei ist vorliegend deswegen nicht zu bejahen, weil die Zivilpersonen den Treibstoff für ihre eigenen Zwecke verwenden wollten.

In diesem Sinne hat der GBA zu Recht festgestellt, dass das Abschöpfen des Benzins aus den entführten Tanklastern durch die Dorfbewohner allein als Eigentumsdelikt zu werten ist, nicht aber die Voraussetzung einer unmittelbaren Beteiligung an einer Feindseligkeit erfüllt. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass alle Opfer des Bombenangriffs, soweit es sich nicht um Kämpfer der Taliban handelte,

„nach dem humanitären Völkerrecht geschützte Zivilpersonen waren, nicht Zivilpersonen, die sich an einer Feindseligkeit beteiligten und als solche legitimes Ziel eines militärischen Angriffs gewesen wären (vgl. Art. 51 Abs. 3 ZP I). Dies gilt letztlich sowohl für diejenigen Personen, die den Taliban beim Versuch der Bergung der LKW halfen, wie für diejenigen, die im Eigeninteresse Treibstoff für sich zu erlangen suchten.“³⁹

Danach entfällt der Schutzanspruch der Zivilpersonen nicht deshalb, weil die Zivilpersonen die Talibankämpfer möglicherweise bei der Bergung der Tanklastwagen unterstützten. Auch dass Dorfbewohner sich möglicherweise am Treibstoff bereichern wollten, führt nicht zum Verlust der Schutzstellung.

Die getöteten Dorfbewohner sind also bis zum Nachweis des Gegenteils als geschützte Zivilpersonen zu behandeln.

1.2.2.2. Verbot unverhältnismäßiger Kollateralschäden

Möglicherweise stellt die Tötung der Zivilpersonen einen Verstoß gegen das Verbot des unterschiedslosen Angriffs im Sinne des Art. 51 V lit. b) ZP I dar. Nach dieser Bestimmung ist ein Angriff als unterschiedslos verboten,

bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen

39 GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 60.

verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.

Diese Norm verbietet gezielte Angriffe auf geschützte Zivilpersonen.⁴⁰ Sie verbietet darüber hinaus unverhältnismäßige Kollateralschäden, d.h. einen unverhältnismäßigen „*incidental loss of civilian life*“ (zufälligen/beiläufigen Tod von Zivilpersonen). Dementsprechend hebt auch der Kommentar des Internationalen Roten Kreuzes zum Ersten Zusatzprotokoll in Bezug auf Art. 51 V lit. b) ZP I hervor:

„Comments were also made in various quarters that paragraph 5(b) authorizes any type of attack, provided that this did not result in losses or damages which were excessive in relation to the military advantage anticipated. This theory is manifestly incorrect. In order to comply with the conditions, the attack must be directed against a military objective with the means which are not disproportionate in relation to the objective, but are suited to destroying only that objective [...].“⁴¹

Fraglich ist zunächst, auf welche Maßstäbe bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit unvorhergesehener Kollateralschäden abzustellen ist.

1.2.2.2.1. Beurteilungsperspektive: Objektiver Verstoß

Ob ein unverhältnismäßiger Kollateralschaden vorliegt, ist aus einer Ex-ante-Perspektive zu beantworten („zu rechnen ist“). Es kommt hierbei nicht auf die Ex-ante-Sicht des handelnden Soldaten an, sondern auf die Ex-ante-Sicht eines sorgfältigen Durchschnittssoldaten an der Stelle des Verantwortlichen.⁴² In diesem Sinne stellte auch das UN-Jugoslawientribunal im Fall Galic in Bezug auf die Perspektive zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Angriffs fest:

“In determining whether an attack was proportionate it is necessary to examine whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the informa-

40 Vgl. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force*, 2004, S. 95.

41 Sandoz/Swiniarski/Zimmermann, *ICRC Commentary on Additional Protocol I*, Art. 51, Rn. 1979. Hervorhebung durch d. Verf.

42 ICRS-Guidance (Fn. 36), S. 68, 73; Ambos, *Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht*, NJW 2010, S. 1725 (1727).

tion available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack.”⁴³

Demnach kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob Oberst Klein subjektiv damit rechnete, einen unverhältnismäßigen Kollateralschaden zu verursachen. Die rechtlich relevante Frage ist vielmehr: Musste ein sorgfältiger Durchschnittssoldat in der Stellung von Oberst Klein bei Zugrundelegung der vorliegenden Indizien damit rechnen, dass die Zahl der zivilen Opfer in keinem Verhältnis zum militärischen Nutzen steht?

In diesem Sinne hebt auch *Benvenisti* zu Recht den Unterschied zwischen einer straf- und einer von diesem Sanktionsregime unabhängigen Betrachtung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts hervor⁴⁴ und macht deutlich: Die strafrechtliche Betrachtung des humanitären Völkerrechts statuiert Vorsatz- bzw. Schuldnerfordernisse, die bei der Frage, ob eine Staatenverantwortlichkeit für eine Verletzung des humanitären Völkerrechts gegeben ist, keine Rolle spielen. Für letzteres ist einzig entscheidend, ob bestimmte Sorgfaltsanforderungen außer Acht gelassen wurden.

Insbesondere aus dem Telos des humanitären Völkerrechts, die militärische Notwendigkeit zum Grundsatz der Humanität in ein angemessenes Verhältnis zu setzen,⁴⁵ ist zu folgern, dass im Rahmen des Art. 51 V lit. b ZP I auf eine objektivierte Situationseinschätzung abgestellt werden muss.

1.2.2.2.2. Unverhältnismäßigkeit

Nach objektivem Maßstab ist der Angriff bei Kunduz als offensichtlich unverhältnismäßiger Angriff im Sinne von Art. 51 V lit. b ZP I einzustufen.

Die Schädigung der Zivilbevölkerung ist in unverhältnismäßiger Weise exzessiv. Ein exzessiver Schaden liegt stets vor, wenn durch den Angriff eine unverhältnismäßig große Anzahl an zivilen Opfern zu erwarten ist. Im Kommentar des Internationalen Roten Kreuzes zum ZP I heißt es dazu:

„The idea has also been put forward that even if they are very high, civilian losses and damages may be justified if the military advantage at stake is of great importance. This idea is contrary to the fundamental rules of the Protocol; in particular it conflicts with Article 48 (Basic rule) and with paragraphs 1 and 2 of the present Article 51. The Protocol does not provide any justification for attacks which cause extensive

43 ICTY, Prosecutor v. Galic, Judgement, IT-98-29-T, 5. December 2003, Ziff. 58.

44 Benvenisti, Human Dignity in Combat, Is. L. R. 39 (2006), S. 81 (97).

45 Benvenisti (Fn. 44), S. 82.

civilian losses and damages. Incidental losses and damages should never be extensive.”⁴⁶

Ein *extensive damage* ergibt sich vorliegend schon aus der großen Anzahl von mehr als 80 getöteten und einem schwer verletzten unbeteiligten Zivilpersonen durch den Bombenangriff bei Kunduz.

Selbst wenn auch sehr große Schädigungen der Zivilbevölkerung verhältnismäßig sein sollten, soweit mit einem Angriff ein überragender unmittelbarer und konkret zu erwartender militärischer Vorteil erreicht werden kann (*relativer Ansatz*),⁴⁷ ist vorliegend von einem *extensive damage* auszugehen.⁴⁸ Denn ein solch herausragender militärischer Vorteil war aus Sicht eines sorgfältigen Durchschnittssoldaten durch den Luftangriff bei Kunduz konkret nicht zu erwarten.

Vorliegend wurde mit dem Bombenangriff bei Kunduz durch Oberst Klein das militärische Ziel verfolgt, die entführten Tanklaster zu zerstören und die vermeintlichen Talibankämpfer zu töten.⁴⁹ Von den zu zerstörenden Tanklastern ging zum Zeitpunkt des Angriffs selbst keine unmittelbare Gefahr für die deutschen ISAF-Soldatinnen und Soldaten aus, denn die Fahrzeuge steckten in einer Entfernung von etwa 7 km Luftlinie vom deutschen Feldlager erkennbar seit mehreren Stunden im Flussbett fest. Zudem hatten sich die von den Talibankämpfern entführten Tanklaster zuvor in entgegengesetzter Richtung zum deutschen Feldlager bewegt. Des Weiteren hatten die Talibankämpfer eine spätere Verwendung der Tanklaster aufgegeben. Dies war auch für Oberst Klein zu erkennen, denn die HUMINT-Quelle hatte ausdrücklich berichtet, dass die Tanklaster nicht mehr aus dem Schlamm befreit werden konnten, sondern „ausgeschlachtet“ und „in Brand gesteckt“ werden sollten. Insofern hielt sich der militärische Vorteil der Zerstörung der Tanklaster aus Sicht eines vernünftigen Durchschnittssoldaten vom Range Oberst Kleins in Grenzen.

Auch das Ziel der „zeitweisen Störung der regionalen Kommandostruktur der Taliban“ stellt keinen konkret zu erwartenden unmittelbaren Vorteil dar,

46 Sandoz/Swiniarski/Zimmermann (Fn. 41), Art. 51, Rn. 1980. Hervorhebung durch d. Verf. Übereinstimmend für eine Obergrenze: Gasser, in: Fleck, Handbuch des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, Regel 509, Rn. 11.

47 Fenrick, The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare, 98 Mil. LR (1982), 91-92; Dörmann in MünchKomm StGB, 1. Auflage 2009, § 11 VStGB, Rn. 91, Commentary on the HPCR Manual (Fn. 20), rule 14, Rn. 8.

48 In diesem Sinne auch Diehl, Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen – Einschätzung der Rechtslage aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Humanitäres Völkerrecht 1/2010, S. 4 (19-20).

49 Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 26.

welcher die Gefährdung der geschützten Zivilpersonen hätte rechtfertigen können. Zweifel an der Bedeutung dieses angeblich anerkannten taktisch militärischen Vorteils ergeben sich daraus, dass letztlich unklar war, wie viele tote Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban auf Grundlage der vorliegenden Informationen überhaupt erwartet werden konnten.⁵⁰ Die Angaben des Informanten, es hätten sich auch gewichtige regionale Talibanführer vor Ort befunden, reicht ohne weitere Indizien nicht aus, um von einer sicheren Tötung der aktiv kämpferisch vorgehenden Aufständischen auszugehen.

1.2.2.2.3. Objektive Erkennbarkeit

Mit einer solch schwerwiegenden Schädigung von geschützten Zivilpersonen musste auch aus Sicht eines sorgfältigen Durchschnittssoldaten vor dem Angriff gerechnet werden. Aus der Informationslage des Oberst Klein konnte nicht geschlossen werden, dass sich unmittelbar vor Abwurf der Bomben allein Talibankämpfer um die Tanklaster befanden.

Selbst Oberst Klein ging von der Anwesenheit von Zivilpersonen aus. Die Bewertung des Generalbundesanwaltes, Oberst Klein habe ohne Vorsatz gehandelt, weil er davon ausgegangen sei, dass sich keine Zivilpersonen auf der Sandbank befänden,⁵¹ ist nach den Vernehmungsergebnissen des Untersuchungsausschusses in Zweifel zu ziehen. Demnach gab Oberst Klein an, zumindest mit der Anwesenheit von Zivilpersonen im näheren Umfeld der Tanklaster auf der Sandbank gerechnet zu haben.⁵² Wörtlich führte er aus:

„Ich ging davon aus, dass alle Personen, die sich zu diesem Zeitpunkt um die Tanklastzüge befanden, Teil der Operation der Aufständischen waren und deswegen beteiligt waren, und alle Personen, die sich im weiteren Umfeld dort bewegt hatten – das, was andere vielleicht als Zivilpersonen bezeichnen würden –, Unbeteiligte waren.“⁵³

Die Aussage von Oberst Klein deutet darauf hin, dass für ihn allein die Anwesenheit in unmittelbarer Nähe der entführten Tanklaster als objektives Kriterium ausreichte, um die Person als ein legitimes Angriffsziel zu bewerten.

Ein objektiver Durchschnittssoldat im Rang Oberst Kleins hätte sich mit

50 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 256.

51 GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 28 ff.

52 Damit setzt er sich in Widerspruch zu der von ihm behaupteten Einschätzung, Zivilpersonen verließen nachts, zumal im Ramadan, nicht ihre Wohnungen, Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 58.

53 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 265, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 338.

dieser unzutreffenden Kategorisierung der anwesenden Personen nicht zufrieden geben dürfen. Denn die Kategorien von Oberst Klein beachten die maßgeblichen Begriffe des humanitären Völkerrechts nicht hinreichend.⁵⁴ „Beteiligung“ an der Operation muss nicht zu einem Schutzverlust nach Art. 13 ZP II führen. Es kommt hinzu, dass auf den übertragenen Video-Bildern ein reges Kommen und Gehen zu beobachten war, so dass sich schon nach der Vorstellung von Oberst Klein auch geschützte Zivilpersonen vom Rand des Geschehens zu den Tanklastern hätten bewegt haben können.

Als Grundlage für eine objektive Einschätzung der Lage vor dem Angriff kommen zum einen die objektiven Tatumstände und zum anderen die drei zur Verfügung stehenden Informationsquellen (die von den Flugzeugen übermittelten Video-Bilder, die Mitteilungen der Luftfahrzeugbesatzungen sowie die Angaben des Informanten) in Betracht.

Zu den objektiven Tatumständen gehören der Ort der Tanklaster, die Uhrzeit und das Vorliegen des Fastenmonats Ramadan. Bereits aus der Kenntnis über den Ramadan hätte sich aus Sicht eines vernünftigen Dritten die Sorge aufdrängen müssen, dass sich auch Zivilpersonen zur Nachtzeit auf der Sandbank hätten befinden können.⁵⁵ Denn zur Zeit des Fastenmonats ist es in Afghanistan nicht ungewöhnlich, dass Menschen auch zur Nachtzeit unterwegs sind.⁵⁶

Aus den an Oberst Klein vom NATO-Flugzeug übertragenen Luftbildern war zu keinem Zeitpunkt ersichtlich, dass sich nur Talibankämpfer vor Ort befanden. Aus den übertragenen Video-Bildern konnte vielmehr auf eine Anwesenheit von an die 100 Personen bei den Tanklastern geschlossen werden, wobei ständige Bewegungen von zu- und abströmenden Personen und Personengruppen zu erkennen waren. Ein solches reges Kommen und Gehen einer Vielzahl von Personen ist nicht typisch für Aktivitäten von Aufständischen, sondern deutet eher darauf hin, dass geschützte Zivilpersonen als Schaulustige oder zur Entnahme des Kraftstoffes zu der Sandbank strömten bzw. sich von dieser wieder entfernten. Aufgrund der Armut der afghanischen Landbevölkerung, die Kraftstoff nicht nur zum Auto- und Motorradfahren, sondern auch zum Heizen und zur Stromerzeugung gebraucht, bestand ein hoher Anreiz für

54 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 376.

55 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 336 ff.

56 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 337.

die Dorfbewohner, sich selbst bei Nacht zu den Tanklastern zu begeben.⁵⁷ Da die Tanklaster ursprünglich von einer kleinen Gruppe von Taliban entführt wurden, hätte allein die erheblich gestiegene Personenanzahl vor Ort aus Sicht eines vernünftigen durchschnittlichen Soldaten zu Zweifeln hinsichtlich der möglichen Kämpfereigenschaft der Menschen führen müssen. Wegen der zu beobachtenden Bewegungen konnte auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich vor dem Angriff keiner der ursprünglichen Entführer mehr auf der Sandbank aufhielt. Auch die erkennbare Anwesenheit von elf Autos, Pick-Ups und Traktoren deutete darauf hin, dass sich zumindest nicht nur neue Taliban-kämpfer, sondern auch Bewohner der umliegenden Dörfer zu den Tanklastern aufgemacht hatten. Auch ließ sich anhand der Video-Bilder nicht feststellen, ob die Personen bei der Sandbank bewaffnet waren, was zumindest als Indiz für die Kämpfereigenschaft hätte gewertet werden können.

Die Zweifel hinsichtlich der Eigenschaft der Personen auf der Sandbank konnten auch nicht durch die Mitteilungen der Luftfahrzeugbesatzungen ausgeräumt werden. Die Piloten des ersten Kampfflugzeuges (B1-Bomber) haben vielmehr im Rahmen ihrer Vernehmung durch den Untersuchungsausschuss ausgesagt, sie hätten nicht unterscheiden können, ob die Personen Waffen oder Holzscheite, Kraftstoffkanister oder sonstige Gegenstände in der Hand hielten, zumal sich zu dieser Zeit mehr als 100 Personen vor Ort befanden. Die Piloten der nachträglich herbeigerufenen Kampfflugzeuge (F-15) äußerten erhebliche Zweifel über den Status der am Boden befindlichen Personen und schlugen fünf Mal einen Tiefflug („show of force“) vor, um die möglicherweise anwesenden geschützten Zivilpersonen auf der Sandbank zu warnen und weitere Aufklärung zu erreichen. Zudem konnten die Piloten keine sachgerechten Aussagen treffen, weil Oberst Klein zu keinem Zeitpunkt die anzuwendende Einsatzregel benannte, aus welcher sich die konkreten Voraussetzungen für einen Angriff hätten ableiten lassen.⁵⁸

Es verbleiben die Angaben des sog. „HUMINT-Kontaktes“, nach welchen sich auf der Sandbank jederzeit ausschließlich „Taliban“ und keine „Zivilpersonen“ befunden haben sollen. Eine solche pauschale Aussage eines einzelnen Informanten bildet aus Sicht eines vernünftigen Soldaten jedoch keine ausreichende Grundlage für die Annahme, es hätten sich keine geschützten Zivilpersonen vor Ort befunden. Denn zum einen ist die Unterscheidung „Taliban“ vs. „Zivilpersonen“ für die Bewertung einer Person als legitimes Angriffsziel im Sinne des humanitären Völkerrecht zu unscharf und deshalb unzureichend, weil der Begriff „Taliban“ häufig für alle oppositionellen Personen gebraucht

57 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 337.

58 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 242.

wird, die nicht auf Seiten der örtlichen Machthaber stehen.⁵⁹ Eine gezielte Gesprächsführung, welche die Unterscheidung zwischen „Taliban“, die als Kämpfer aktiv in den organisierten Verband der Aufständischen eingebunden sind, und geschützten „Zivilpersonen“ hätte eruieren können, unterblieb. Zudem wurde nicht hinreichend ausgeschlossen, ob die Angaben des Informanten auch durch Eigeninteressen motiviert waren, etwa um befeindete Stammesgruppen auszuschalten.⁶⁰ Schließlich wurde die Glaubwürdigkeit der pauschalen Angaben des Informanten nicht verifiziert und war deswegen aus Sicht eines sorgfältig abwägenden Soldaten als eher gering einzuschätzen. Dass die ungefähren Angaben des Informanten zu der Anzahl der Personen mit den Video-Bildern in Einklang zu bringen waren, reichte dafür nicht aus.

1.2.2.3. Zwischenergebnis

Durch den Luftangriff bei Kunduz wurde Art. 51 V lit. b) ZP I verletzt, weil ein unverhältnismäßiger Kollateralschaden aus der Sicht eines vernünftigen Durchschnittssoldaten zum Zeitpunkt des Angriffs zu erwarten war.

1.2.3. Vorsichtsmaßnahmen

Möglicherweise indiziert die Verletzung der o.g. verfahrensbezogenen RoE eine weitere Verletzung des humanitären Völkerrechts, indem gebotene Vorsichtsmaßnahmen außer Acht gelassen wurden. Insbesondere könnten Aufklärungs- und/oder vorherige Warnungspflicht missachtet worden sein. Die einschlägigen Pflichten sind in Art. 57 ZP I genannt.

Bei diesen Pflichten handelt es sich um Verfahrenspflichten, die unabhängig davon gelten, ob der anvisierte Angriff tatsächlich zu unverhältnismäßigen Schädigungen geschützter Objekte im Sinne des Art. 51 V lit. b) ZP I führen wird oder nicht.⁶¹ Die Norm bezieht sich auf den unterschiedslosen intendierten Angriff und den nichtintendierten Kollateralschaden gleichermaßen. Auch das Jugoslawientribunal hat im Urteil *Kupreskic* ausgeführt, dass die Vorsichtsmaßnahmen des Art. 57 ZP I sowohl auf die Vermeidung unterschiedslo-

59 Vgl. European Center for Constitutional and Human Rights, Stellungnahme zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Fall Kundus, 10. Juni 2010, S. 17, abrufbar unter (31.10.2011): <www.ecchr.eu/index.php/FALL_KUNDUS/articles/dokumente-und-links.html>, S. 36 ff.

60 Vgl. Reuter/Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 22.

61 Sassoli/Brugère, Rechtsgutachten zur Frage der Unabhängigkeit der bei einem Angriff zu treffenden aktiven Vorsorgemaßnahmen zum Schutze von Zivilpersonen von den Angriffsverboten im humanitären Völkerrecht, abrufbar unter (31.10.2011): <www.ecchr.eu/index.php/FALL_KUNDUS/articles/dokumente-und-links.html>.

ser Angriffe als auch unverhältnismäßiger Schädigungen der Zivilbevölkerung gerichtet sind:

„In the case of attacks on military objectives causing damage to civilians, international law contains a general principle prescribing that reasonable care must be taken in attacking military objectives so that civilians are not needlessly injured through carelessness. This principle, already referred to by the United Kingdom in 1938 with regard to the Spanish Civil War, has always been applied in conjunction with the principle of proportionality, whereby any incidental (and unintentional) damage to civilians must not be out of proportion to the direct military advantage gained by the military attack. In addition, attacks, even when they are directed against legitimate military targets, are unlawful if conducted using indiscriminate means or methods of warfare, or in such a way as to cause indiscriminate damage to civilians. These principles have to some extent been spelled out in Articles 57 and 58 of the First Additional Protocol of 1977.”⁶²

1.2.3.1. Aufklärungspflicht

Bei dem Luftangriff könnte zunächst die Aufklärungspflicht verletzt worden sein. Die diesbezüglichen Entscheidungsregeln finden sich in Art. 57 II ZP I.

Der Norm des Art. 57 II lit. a i) ZP I ist die Pflicht zu entnehmen, den Sachverhalt vor dem Angriff insoweit aufzuklären, dass berechtigterweise davon auszugehen ist, dass nur militärisch zulässige Ziele getroffen werden und eine Schädigung geschützter Objekte, einschließlich unbeteiligter Zivilpersonen, unterbleibt.⁶³ Demnach ist zu fragen, ob Oberst Klein alles Erforderliche getan hat, um die Anwesenheit von ungeschützten Zivilpersonen bei den Tanklastern vor Angriffsdurchführung ausschließen zu können.

Dies ist nicht der Fall. Ein sorgfältiger Durchschnittssoldat durfte nach den vorliegenden Informationen nicht von der ausschließlichen Anwesenheit von Kämpfern ausgehen. Im Gegenteil: Aufgrund der genannten Indizien (des Ramadan, der großen Zahl an Personen, der anwesenden Fahrzeuge, der ständig zu beobachtenden Bewegungen, der Nichtnachweisbarkeit von Waffen), die allesamt darauf hinwiesen, dass nicht alle Personen um die Tanklastwagen Kämpfer bzw. ungeschützte Zivilpersonen waren, war auch im Hinblick auf

62 ICTY, Prosecutor v. Kupreskic et al., Urteil vom 14. Januar 2004, Case No. IT-95-16-T-14, Ziff. 524.

63 Vgl. Gasser (Fn. 46), Regel 509, Rn. 5.

die Vermutungsregel des Art. 50 I Satz 2 ZP I, nach der im Zweifelsfall die betreffende Person als zu schützende Zivilperson zu behandeln ist, weitere Aufklärungsarbeit geboten, um sich die nötige Gewissheit über ein legitimes Angriffsziels zu verschaffen. Eine weitergehende Überprüfung wäre auch zeitlich möglich gewesen, weil erkennbar keine unmittelbare Bedrohung durch die festgefahrenen Tanklaster mehr ausging.

Eine gravierende Pflichtwidrigkeit stellt die Unterlassung einer sachgerechten Befragung des sog. „HUMINT-Kontaktes“ zur ordnungsgemäßen Bewertung der Aussagekraft und Glaubwürdigkeit seiner Angaben dar. Dies hätte man über die verantwortlichen Soldaten der Task Force 47 und deren Sprachmittler veranlassen müssen. Die wiederholte Aussage des Informanten, es seien nur „Taliban“ und keine „Zivilpersonen“ auf der Sandbank zugegen, bildet wie dargelegt keine verlässliche Grundlage für die Annahme, bei den Tanklastern hätten sich ausschließlich Kämpfer befunden. Eine gezielte Befragung hätte zum einen den Bedeutungsgehalt der Bezeichnung „Taliban“ bzw. „Zivilist“ eruieren müssen. Man hätte aufklären müssen, ob mit dem Begriff der „Taliban“ ausschließlich Kämpfer im Sinne des humanitären Völkerrechts, bzw. mit dem Begriff „Zivilist“ ausschließlich Personen, die nach dem Konfliktvölkerrecht keine Kämpfer sind und sich nicht unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligen, gemeint waren. Insbesondere hätte gefragt werden müssen, ob sich Kinder oder Greise vor Ort befinden.

Zudem hätte, unterstellt, die Aussage des Informanten wäre substantiiert genug gewesen, um auf eine ausschließliche Anwesenheit von Kämpfern bei den Tanklastern zu schließen, die Glaubwürdigkeit der Angaben des Informanten durch gezielte Fragen verifiziert werden müssen. Die Aussage der Kontaktperson war schon deswegen wenig plausibel, weil es absolut unwahrscheinlich ist, dass eine eindeutige Identifizierung sämtlicher Personen an den Tanklastern als Mitglieder einer militärisch organisierten bewaffneten Gruppe von Taliban in einem so schwierigen und komplexen, vor allem sich andauernd dynamisch verändernden Zielgebiet durch eine einzige HUMINT-Quelle wirklich belastbar hätte erfolgen können.⁶⁴ Die Glaubwürdigkeit wird auch durch die Tatsache erheblich geschmälert, dass sich der Informant selbst nicht vor Ort befand, sondern seine Angaben auf unbestimmte „Subkontakte“ stützte. Dies hätte ein sorgfältig agierender Befehlshaber in Erfahrung gebracht, indem er präzise Fragen an den Informanten über den Hintergrund seines Wissens gestellt hätte. Diese hätten dann auch Fragen zu dem Verbleib der zivilen Fahrer der Tanklaster, den ominösen „Subkontakten“ und dem Grund der ständig wechselnden Personen vor Ort einschließen müssen.⁶⁵

64 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 249.

65 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 258.

Die Einstufung als verlässliche Quelle durch die Task Force 47 bot für sich genommen keine ausreichende Gewähr, die Glaubwürdigkeit der Informantenaussage zu unterstellen. Die Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Glaubwürdigkeitsprüfung ergibt sich inzidentell auch aus der Verletzung der dem Angriff zu Grunde zu legenden RoE 429. Vor dem Angriff ist zwingend eine positive Zielidentifizierung (*positive identification*) durchzuführen. Wird diese auf die Aussage eines Informanten gestützt, so muss nach der RoE 429 nicht nur die Quelle als zuverlässig klassifiziert worden sein, sondern vor allem hätte auch die Nachricht selbst einen gewissen Grad an Glaubwürdigkeit und Plausibilität aufweisen müssen.⁶⁶

Zudem unterblieb pflichtwidrig eine nach der RoE 429 vorgesehene formale Abschätzung der Kollateralschäden (*Collateral Damage Estimation*).⁶⁷

Des Weiteren hätte die nach der Einsatzregel vorgeschriebene Einschaltung des Vorgesetzten, General Vollmer, und auch des im PRT vorhandenen Rechtsberaters dazu führen können, dass die Befragung des Informanten sachangemessen geführt wird. Die Bedeutung der Hinzuziehung eines Rechtsbeistands wird auch von Art. 82 ZP I bestätigt, nach dem ein Rechtsberater bei Bedarf jederzeit einer Konfliktpartei verfügbar sein muss.

Richtigerweise benennt das Sondervotum der SPD-Fraktion zudem eine Reihe weiterer Möglichkeiten, wie der Sachverhalt durch Oberst Klein mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln weiter hätte aufgeklärt werden können:⁶⁸

- „Fraglich bleibt nach der Beweisaufnahme im Ausschuss auch, ob es nicht durchaus im Bereich des „praktisch Möglichen“ gelegen hätte, die Angebote eines tiefen Überflugs durch die F15-Piloten, die auf Weisung des JTAC in etwa sieben Kilometern Höhe kreisten und kaum aussagekräftige Bilder lieferten, anzunehmen, um so eventuell ein besseres Bild von den Personen vor Ort gewinnen zu können. Dabei hätte dann vielleicht auch das festgestellt werden können, was der einzige Augenzeuge, der überlebende Lastwagenfahrer A. M., im Ausschuss bekundete: dass nämlich nur wenige Personen vor Ort Waffen trugen und auch Kinder und Greise unter den vielen Personen vor Ort waren. Angesichts dessen, dass selbst die HUMINT-Quelle berichtete, dass nur Panzerfäuste und Handfeuerwaffen vor Ort seien, dürfte ein solcher Überflug der F15-Bomber auch gefahrlos möglich gewesen sein.
- Ohne die Bemühung objektiven militärischen Sachverstands dürfte auch nicht völlig auszuschließen sein, dass der umgehende Einsatz einer un-

66 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 248.

67 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 249.

68 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 258.

bemannten Drohne eventuell doch praktikabel gewesen wäre und eine bessere Sicht auf die Sandbank ermöglicht hätte, auch wenn man dafür einen Piloten hätte aufwecken müssen.

- *Selbst eine Einbeziehung der an diesem Abend ja durchaus im Gefechtsstand zeitweise anwesenden Angehörigen des BND dürfte ohne weiteres „praktikabel“ gewesen sein. Eventuell hätten diese durch Aktivierung ihrer eigenen Informanten, die ja vielleicht in den umliegenden Dörfern lebten, zusätzliche Informationen erhalten können. Gleiches gilt für die Kontaktpersonen, die durch die J2-Abteilung des PRT geführt wurden.“*

Die Verletzung dieser Aufklärungspflichten stellt eine Verletzung des humanitären Völkerrechts dar.

1.2.3.2. Warnungspflicht

Zudem ist der Angriff unrechtmäßig, weil es Oberst Klein unterlassen hat, die anwesenden Zivilpersonen vor dem Angriff zu warnen. Nach Art. 57 II lit. c) ZP I muss Angriffen, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden kann, eine wirksame Warnung vorausgehen, es sei denn, die gegebenen Umstände erlauben dies nicht. Demnach hat es Oberst Klein pflichtwidrig unterlassen, eine vorherige Warnung gegenüber den unbeteiligten Zivilpersonen vor dem Luftangriff anzuordnen.⁶⁹ Eine solche Warnungspflicht ergibt sich auch aus den formalen Voraussetzungen für einen Waffeneinsatz nach der RoE 429.⁷⁰

Selbst wenn Oberst Klein mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von der ausschließlichen Anwesenheit von Talibankämpfern vor Ort hätte ausgehen können, würde dies nicht zu einem automatischen Entfallen der Warnungspflicht führen. Eine Warnung wäre nur dann sinnlos, wenn die Anwesenheit von Zivilpersonen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte ausgeschlossen werden können. Dies war jedoch nicht der Fall.

Eine Warnung hätte nur dann nicht geboten sein können, wenn durch diese die Erreichung des militärischen Vorteils erheblich gefährdet worden wäre. Hinsichtlich der Tanklaster liegt offensichtlich keine Gefahr im Verzug vor, weil diese unbeweglich im Schlamm feststeckten. Aber auch hinsichtlich der möglicherweise anwesenden Talibankämpfer hätte eine Warnung das Ziel ihrer späteren Tötung nicht erheblich gefährdet. Oberst Klein beteuerte bei seiner Vernehmung durch den Generalbundesanwalt selbst, dass er keine „Show of

⁶⁹ Ebenso Diehl (Fn. 48), S. 16; Safferling/Kirsch, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, JA 2010, S. 81 (84); Ambos (Fn. 41), S. 1727.

⁷⁰ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 250.

Force“ angeordnet habe, weil die „Taliban“ von dieser Drohung erfahrungsgemäß unbeeindruckt blieben.⁷¹ Wenn sich die Aufständischen ohnehin nicht hätten vertreiben lassen, dann wäre durch eine Warnung keine Gefährdung des möglichen Ziels, die Aufständischen zu töten, erfolgt. Vielmehr hätte die Warnung ihr eigentliches Ziel, die möglicherweise anwesende Zivilbevölkerung zum Verlassen des Angriffsortes zu veranlassen, ohne Einbuße des militärischen Ziels des Angriffs erreichen können.

Eine von den Piloten geforderte Warnung in Form eines Tiefflugs („Show of Force“) war auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil sie zu einer erheblichen Gefährdung der Flugzeuge und ihrer Insassen geführt hätte. Denn nach den vorliegenden Informationen war davon auszugehen, dass die Anwesenden nicht über einsetzbare Abwehrraketen verfügten.⁷²

1.2.3.3. Verletzung der Aufklärungs- und Warnpflicht

Bei der Vorbereitung des Luftangriffs bei Kunduz wurde gegen die Aufklärungspflicht aus Art. 57 II lit. a) ZP I und die Warnpflicht aus Art. 57 II lit c) ZP I verstoßen.

1.3. Zwischenergebnis

Der Luftangriff bei Kunduz verletzte, unabhängig vom subjektiven Vorstellungsbild Oberst Kleins, in jedem Fall drei grundlegende Schutznormen des humanitären Völkerrechts: Die Anordnung des Angriffs verletzte das Verbot unverhältnismäßiger Kollateralschäden (Art. 51 V lit. b ZP I). Im Zuge des Luftangriffs bei Kunduz wurde zudem gegen die Vorsorgepflicht zur sachgerechten Aufklärung des Angriffsziels (Art. 57 II lit. a) ZP I) und die Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Warnung (Art. 57 II lit c) ZP I) verstoßen.

2. Europäische Menschenrechtskonvention

Möglicherweise wurden neben den Normen des humanitären Völkerrechts auch allgemeine Menschenrechtsnormen verletzt.⁷³ Die Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Leben gem. Art. 2 EMRK könnte Rechte verleihen, die über diejenigen des humanitären Völkerrechts noch hinaus gehen.

71 GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 26 f.

72 GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 21.

73 Das Gutachten geht auf eine Bewertung nach dem UN-Zivilpakt nicht gesondert ein. Die diesbzgl. Wertungen laufen im Grundsatz parallel zu den Normen der EMRK.

Die EMRK enthält fundamentale Menschenrechte, deren Verletzung nach Art. 41 EMRK zu entsprechenden Entschädigungspflichten führen kann. Sie gilt aufgrund des deutschen Umsetzungsgesetzes gem. Art. 59 II Satz 1 GG im Range eines Bundesgesetzes.⁷⁴ Die Rechtsprechung des EGMR ist nach einer Grundsatzentscheidung des BVerfG im Fall *Görgülü* bei der Auslegung nationalen Rechts von deutschen Gerichten ausreichend zu berücksichtigen.⁷⁵ Die Berücksichtigungspflicht führt dazu, dass im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume deutsche Gerichte die Pflicht trifft, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn die Nichtbeachtung der Entscheidung des EGMR etwa wegen geänderter Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter, verstößt. Diese Ausnahmen sind vorliegend nicht ersichtlich, auch weil es sich nicht um einen Fall eines mehrpoligen Grundrechtsverhältnisses zwischen Privaten handelt.

Die zivilen Opfer des Luftangriffs bei Kunduz könnten durch den Befehl zur Bombardierung der Sandbank in ihrem Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK verletzt sein. Dann müsste zunächst der Anwendungsbereich der EMRK eröffnet sein (dazu 2.1) Zudem müsste die Schutzpflicht (dazu 2.2) und/oder die Untersuchungspflicht (dazu 2.3) verletzt worden sein.

2.1. Anwendbarkeit

2.1.1. Extraterritoriale Geltung

Nach Art. 1 EMRK sichern die Hohen Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte zu. Fraglich ist, ob die zivilen Opfer des Luftangriffs bei Kunduz der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik im Sinne von Art. 1 EMRK unterlagen.

Die Anwendbarkeit der EMRK auf hoheitliche Akte außerhalb des Staatsgebietes der beklagten Vertragspartei hat der EGMR bereits 1995 im Fall *Loizidou* anerkannt. In dieser Entscheidung hat der EGMR eine Konventionsverletzung der Türkei in Nordzypern festgestellt. Der Gerichtshof kam vor dem Hintergrund der Stationierung von 30.000 türkischen Soldaten in Nordzypern zu dem Schluss, dass auch das Verwaltungshandeln der Behörden der „Republik Türkei Nordzypern“ Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 1 EMRK darstelle, die der Türkei zugerechnet werden müsse. Allgemein stellte der EGMR fest,

74 BGBl. 2002 II S 1055.

75 BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü.

„dass unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Konvention die Verantwortung einer Vertragspartei gegeben sein kann, wenn sie infolge einer – rechtmäßigen oder rechtswidrigen – Militäraktion die tatsächliche Kontrolle [effective control] über ein außerhalb ihres nationalen Territoriums gelegenes Gebiet ausübt.“⁷⁶

Dabei blieb strittig, welche allgemeinen Anforderungen an den Begriff der tatsächlichen Kontrolle (*effective control*) anzulegen sind. Im Fall *Bankovic* urteilte der EGMR Ende 2001, dass die Hoheit der NATO-Staaten über den serbischen Luftraum während des Kosovo-Krieges 1999 allein nicht ausreichend sei, um Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 1 EMRK zu begründen.⁷⁷ Aus diesem Grunde konnte es der Gerichtshof offen lassen, ob der Abwurf einer Bombe durch die NATO auf einen Radiosender in Belgrad, bei dem Zivilpersonen getötet wurden, eine Verletzung der Konvention darstellte. Der EGMR interpretierte das Erfordernis der „tatsächlichen Kontrolle“ eher restriktiv und fasste seine bisherige Rechtsprechung in folgenden Grundsätzen zusammen,

„dass der Gerichtshof nur ausnahmsweise eine extraterritoriale Ausübung der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates anerkannt hat: Bisher ist das nur der Fall gewesen, wenn ein bekl. Staat mittels tatsächlicher Herrschaft über ein außerhalb seiner Grenzen befindliches Gebiet und über dessen Bewohner als Folge einer militärischen Besetzung oder nach Zustimmung, Aufforderung oder Einwilligung der Regierung dieses Gebiets alle oder einige Zuständigkeiten übernimmt, die gewöhnlich von dieser Regierung wahrgenommen werden.“⁷⁸

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist davon auszugehen, dass die Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Mandates eine effektive Kontrolle im Sinne des Art. 1 EMRK in Nordafghanistan ausübt. Selbst wenn die *Bankovic*-Entscheidung dahingehend auszulegen wäre, dass der EGMR eine „regelmäßige Ausübung von Hoheitsgewalt“ für die Annahme einer effektiven Kontrolle einfordert,⁷⁹ wäre dieses Merkmal durch den seit zehn Jahren andauernden Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan ohne Zweifel erfüllt. Aus der Billigung des ISAF-Einsatzes durch die afghanische Exekutive, zunächst durch die Übergangsregierung und seit dem 9. Oktober 2004 durch den gewählten Präsi-

76 EGMR, *Loizidou v. Turkey*, Zulässigkeitsentsch. vom 23. März 1995, Appl. No. 15318/89, Ziff. 62.

77 EGMR, *Banković et al. v. Belgium et al.*, Urt. vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99.

78 EGMR, *Banković*, a.a.O., Ziff. 71.

79 Krieger, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, in: *ZaöVR* 62 (2002), S. 669 (693).

dentem Karzai, ergibt sich nichts anderes. Denn nach den Bankovic-Grundsätzen ist es unerheblich, ob die Hoheitsgewalt als Folge einer militärischen Besetzung oder nach Zustimmung, Aufforderung oder Einwilligung eines fremden Staates in dessen Territorium tätig wird. Auch aus der Ausrichtung des ISAF-Mandates als Unterstützungseinsatz folgt nicht, dass Deutschland keine menschenrechtliche Verantwortung für das Handeln seiner Streitkräfte in Afghanistan übernehmen muss. Denn insoweit ist es nach der Rechtsprechung des EGMR ausreichend, wenn ein Konventionsstaat *nur einen Teil der hoheitlichen Tätigkeiten ausübt, die normalerweise von dem Gebietsstaat ausgeübt werden*. Dass die Bundeswehr Aufgaben wahrnimmt, die normalerweise durch den Gebietsstaat selbst ausgeübt werden, ergibt sich gerade aus der allgemeinen Aufgabendefinition, die Regierung von Afghanistan bei Aufrechterhaltung der Sicherheit zu unterstützen.⁸⁰

Den im Urteil *Bankovic* angedeuteten Ansatz, die Geltung der EMRK auf den europäischen Raum der Vertragsparteien („*espace juridique*“) zu beschränken, hat der EGMR in Folgeurteilen nicht weiter verfolgt.⁸¹ Insbesondere hat der EGMR im Fall *Al-Skeini* im Juli 2011 die Geltung der EMRK in Bezug auf den Auslandseinsatz britischer Soldatinnen und Soldaten im Irak im Jahr 2003 die Anwendbarkeit der EMRK bejaht.⁸²

2.1.2. Geltung der EMRK im bewaffneten Konflikt

Die Europäische Menschenrechtskonvention findet auch im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten Anwendung. In den Fällen *Isayeva*⁸³ und *Khatsiyeva*,⁸⁴ bei denen jeweils die Unrechtmäßigkeit der Tötung von Zivilpersonen durch russisches Militär im Zuge des Tschetschenien-Krieges festgestellt wurde, hat der EGMR weder seine Entscheidungsbefugnis zurückgenommen noch die Rechtmäßigkeit am Maßstab des humanitären Völkerrechts überprüft, sondern allein eine Prüfung anhand der Vorgaben des Art. 2 EMRK vorgenommen. Dieses Ergebnis ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus Art. 15 II EMRK. Danach kommt der Einhaltung der geltenden Regeln des humanitären

80 Vgl. zuletzt Bundestagsmandat, BT Drs. 17/654, Ziff. 4.

81 Vgl. EGMR, *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, Urteil vom 8. Juli 2004, Nr. 48787/99, Human Rights Law Journal 25 (2004), 332, § 312; *Issa v. Turkey*, Entsch. v. 16. November 2004, Appl. No. 31821/96, Ziff. 74; *Pad v. Turkey*, Entsch. v. 28. Juni 2007, Appl. No. 60167/00, Ziff. 54.

82 EGMR, *Al-Skeini v. United Kingdom*, Urt. v. 17. Juli 2011, Appl. No. 55721/07, Ziff. 149 f.

83 EGMR, *Isayeva v. Russia*, Urteil vom 24. Februar 2005, Nr. 57950/00, Ziff. 180, 191.

84 EGMR, *Khatsiyeva v. Russia*, Urt. v. 7. Juli 2008, Appl. No. 5108/02, Ziff. 134.

Völkerrechts nur dann eine umfassende Rechtfertigungswirkung zu, wenn der Vertragsstaat zuvor eine zulässige Notstandserklärung im Sinne von Art. 15 I EMRK abgegeben hat.⁸⁵ Unterlässt es der Staat einen Notstand zu erklären, so bemisst sich die Rechtmäßigkeit der Tötungshandlung allein am Maßstab von Art. 2 EMRK. Im Fall *Al-Skeini* hat der EGMR nunmehr ausdrücklich hervorgehoben, dass die Pflicht zur Beachtung des Rechts auf Leben auch im Kontext eines bewaffneten Konflikts gilt.⁸⁶

2.2. *Schutzpflicht (Art. 2 EMRK)*

Grundsätzlich können auch nicht intendierte Tötungen von Menschen als Nebenfolge einer staatlichen Gewaltanwendung die Schutzpflicht aus Art. 2 EMRK verletzen.⁸⁷ Auch in diesen Fällen ist zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 2 II EMRK vorliegt.

2.2.1. *Keine Eingriffsrechtfertigung*

Der Luftangriff bei Kunduz kann nicht nach Art. 2 II lit. a EMRK gerechtfertigt werden. Dies wäre nur möglich, wenn von den Menschen, die sich neben den Tanklastern aufhielten, ein Angriff ausgegangen wäre.⁸⁸ Der EGMR hat bislang eine Rechtfertigung als Notstandsrechtfertigung auf Grundlage von Art. 2 II lit. a EMRK dem Grund nach nur dann anerkannt, wenn staatliche Einheiten in Feuergefechte verwickelt wurden.⁸⁹ Eine unmittelbare Gefahr durch die Tanklaster war zum Tatzeitpunkt jedoch nicht gegeben. Insbesondere bestand keine Gefahr für deutsche Soldaten, weil die Tanklaster etwa 7 km Luftlinie vom deutschen Feldlager entfernt im Flussbett feststeckten. Auch wurden die NATO-Flugzeuge zu keinem Zeitpunkt von der Sandbank aus beschossen.

Auch eine Rechtfertigung über Art. 2 II lit. c EMRK zur Aufstandsbekämpfung scheidet aus. Denn auch dieser mögliche Legitimierungsgrund setzt eine vorherige aktive Aufstandshandlung der Getöteten voraus und deckt nicht die Tötung von Aufständischen zu jeder Zeit an jedem Ort. Eine unmittelbare Aufstandshandlung ging von den Menschen um die Tanklaster nicht aus. Der

85 EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 191.

86 EGMR, *Al-Skeini* (Fn. 82), Ziff. 164.

87 EGMR, *Özkan v. Turkey*, Urteil v. 6. April 2004, Appl. No. 21689/93, Ziff. 297; *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 169.

88 EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 178.

89 EGMR, *Özkan* (Fn. 87), Ziff. 298 ff.

EGMR hat eine Rechtfertigung wegen einer Aufstandssituation nur in wenigen Sondersituationen dem Grunde nach für möglich gehalten. Im Fall *Isayeva* hat der EGMR einen Angriff auf eine größere Gruppe von Rebellen (von mindestens mehreren Hundert, wenn nicht gar viertausend Kämpfern) für rechtfertigbar gehalten, als sich diese nach lang anhaltenden intensiven kriegesischen Auseinandersetzungen mit dem staatlichen Militär auf der Flucht befanden.⁹⁰ Auch hat der EGMR im Fall *Güleç* einen legitimen Zweck anerkannt, weil die türkische Verbände gegen eine verbotene, gewaltsame Versammlung vorgingen.⁹¹

2.2.2. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs

Selbst wenn in der Entführung der Tanklaster eine an sich zulässigerweise mit tödlichen Mitteln zu bekämpfende Aufstandshandlung im Sinne von Art. 2 II lit. c EMRK gesehen werden könnte, durften die Verantwortlichen wegen der durch die Piloten zu beobachtenden Wechsel und Zuströme an Menschen um die Tanklaster nicht mehr davon ausgehen, dass sich nur die Entführer der Tanklaster vor Ort befanden. Damit wäre der Angriff zur Abwendung der Aufstandsgefahr nicht mehr angemessen, weil er eine erhebliche Anzahl von nicht unmittelbar an der Entführung beteiligten Personen getroffen hätte.

Selbst wenn ein legitimer Zweck im Sinne von Art. 2 II lit. a oder c EMRK angenommen werden könnte, müsste dieser auch in einer verhältnismäßigen Weise umgesetzt worden sein.⁹²

Dazu gehören nach der Rechtsprechung des EGMR auch Vorsorgemaßnahmen zur Verhütung unbeabsichtigter Tötungen.⁹³ So führte der EGMR schon in der Entscheidung *Ergi* aus, dass der EGMR prüft,

*„whether the planning and conduct of the operation was consistent with Article 2 of the Convention.“*⁹⁴

Die Anforderungen, die der EGMR an die Sorgfalt bei militärischen Planungen stellt, decken sich mit denen nach Art. 57 ZP I (oben 1.2.3.1). Demnach ist eine Unverhältnismäßigkeit spätestens aufgrund der unzureichenden Aufklärungsmaßnahmen über die wahre Eigenschaft der angegriffenen Personen an-

90 EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 187.

91 EGMR, *Güleç v. Turkey*, Application No. 21593/93, Urteil vom 27.07.1998, Ziff. 71.

92 EGMR, *Güleç*, Fn. 91, Ziff. 71.

93 Vgl. EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 176.

94 EGMR, *Ergi v. Türkei*, Urteil vom 28. Juli 1998, Reports 1998-IV Ziff. 79. Hervorhebung durch d. Verf.

zunehmen.

Abweichend von Art. 57 II lit. c ZP I hat der EGMR zudem im Falle der möglichen Schädigung von unbeteiligten Zivilpersonen keine Ausnahme von der Pflicht zur vorherigen Warnung anerkannt. So hat der EGMR in der Sache *Isayeva* die Unverhältnismäßigkeit eines Angriffs auf unbeteiligte Zivilpersonen auch auf das Fehlen einer *vorherigen Warnung* zurückgeführt:

*“Given the availability of the above information, the relevant authorities should have foreseen these dangers and, if they could not have prevented the fighters’ entry into the village, it was at least open to them to warn the residents in advance.”*⁹⁵

Eine vorherige Warnung hat vor dem Angriff bei Kunduz nicht stattgefunden (oben 1.2.3.2), so dass der Angriff auch aus diesem Grund unverhältnismäßig ist.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch die Verletzung derjenigen RoE relevant, die die Sorgfaltsanforderungen maximieren. Ihre Verletzung indiziert eine Verletzung der Sorgfaltsanforderungen und damit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. oben 1.2.1.2.). In strukturanaloger Weise hat der EGMR in der Sache *Isayeva* zu nationalen Normen entschieden dass sie Auswirkungen auf die Bewertung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs haben:

*„In addition, the fact that the Government failed to invoke the provisions of domestic legislation at any level which would govern the use of force by the army or security forces in situations such as the present one, while not in itself sufficient to decide on a violation of the positive obligation of the State to protect the right to life, in the circumstances of the present case is also directly relevant to the proportionality of the response to the alleged attack.”*⁹⁶

Schließlich führt die Tötung einer großen Zahl von Zivilpersonen zur Unverhältnismäßigkeit. Der EGMR hat in den Ausführungen zu den allgemeinen Grundsätzen des Art. 2 EMRK im Fall *Isayeva* festgestellt, dass auch (aber nicht nur) die irrtümliche Tötung von Zivilpersonen durch einen staatlichen Waffeneinsatz eine Verletzung des Rechts auf Leben darstellen kann:

95 EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 187. Hervorhebung durch d. Verf. Zur Warnpflicht auch EGMR, *Khatsiyeva v. Russia*, 5108/02, 17.01.2008, Ziff. 139.

96 EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 198.

„Similarly, the State’s responsibility is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the state has killed a civilian.”⁹⁷

Dabei stellt der Fall *Özkan* keine Änderung in der Rechtsprechung dar. In diesem Fall hat der EGMR eine Verantwortung des türkischen Staates für die Tötung einer Zivilistin nur deswegen verneint, weil es sich um eine versehentliche Verletzung einer einzelnen Zivilistin im Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung mit einer Gruppe von Terrorverdächtigen handelte.⁹⁸ Der EGMR hat hier die Einschätzung der Staatsgewalt zu Grunde gelegt, dass sich die angreifenden Terrorverdächtigen in dem Haus befanden. Tatsächlich wurde durch die Granate eine unbeteiligte Zivilistin in ihrer Wohnung verletzt.⁹⁹ Dieser Sachverhalt ist mit dem Luftangriff bei Kunduz, bei dem es um eine gezielte Tötung einer großen Anzahl von Menschen außerhalb einer bewaffneten Auseinandersetzung durch zwei Präzisionsbomben ging, nicht zu vergleichen.

Nach alledem liegt ein unverhältnismäßiger Angriff und damit eine Verletzung der EMRK vor.

2.3. *Untersuchungspflicht (Art. 2 i.V.m. 1 EMRK)*

Aus der Pflicht zum Schutz des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 EMRK i.V.m. der allgemeinen Verpflichtung nach Art. 1 EMRK zum Tötungsverbot folgt auch eine Pflicht zur Durchführung einer offiziellen und effektiven Untersuchung.¹⁰⁰ Dieses Gebot besteht nach der Rechtsprechung des EGMR ausnahmslos, wenn Personen infolge von Gewaltausübung – insbesondere durch Staatsorgane – getötet wurden, auch wenn dies im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt steht.¹⁰¹ Denn eine Aufarbeitung des tatsächlichen Geschehens ist auch in diesen Fällen unerlässlich, damit die Verantwortlichen

97 EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 176.

98 EGMR, *Özkan*, Fn. 87, Ziff. 304, 305.

99 Vgl. EGMR, *Özkan*, Fn. 87, Ziff. 107 ff. (113).

100 EGMR, *McCann v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 27. September 1995, Serie A Nr. 324, 48, Ziff. 161; *Kaya v. Türkei*, Urteil vom 19. Februar 1998, Reports 1998-I, 324, Ziff. 86.

101 EGMR, *Ergi*, Fn. 94, Ziff. 82-85; *Tanrikulu v. Turkey [GC]*, Nr. 23763/94, Ziff. 101-110, ECHR 1999-IV; *Khashiyev and Akayeva v. Russland*, Urteil vom 24. Februar 2005, Nr. 57942/00 u. 57945/00, Ziff. 156-166, Ziff. 180 u. 210; *Musayev v. Russland*, Urteil vom 26. Juli 2005, Nr. 57941/00, 58699/00 und 60403/00, Ziff. 158-165.

nach innerstaatlichem Recht möglichen straf- und zivilrechtlichen Sanktionen ausgesetzt werden können.¹⁰²

Nach dem EGMR muss eine nachträgliche Untersuchung drei Voraussetzungen erfüllen: Zunächst muss diese *auf eigene Initiative des Vertragsstaates* und nicht etwa erst aufgrund der Bemühungen von Dritten, etwa den Angehörigen, durchgeführt werden.¹⁰³ Zudem muss der Vorfall stets durch eine *unabhängige Stelle* untersucht werden.¹⁰⁴ Schließlich muss die Untersuchung *effektiv* in dem Sinne sein, dass sie geeignet ist festzustellen, ob die angewendete Gewalt unter den gegebenen Umständen gerechtfertigt war oder nicht.¹⁰⁵

Gemessen an diesen Anforderungen wurde nach dem Angriff bei Kunduz die Untersuchungspflicht offensichtlich verletzt.

Dies gilt zunächst in Hinblick auf das Effektivitätsgebot. Dieses verlangt, dass der Vertragsstaat die ihm zumutbaren Schritte zur Sachverhaltsermittlung, einschließlich der Einvernahme von Augenzeugen, der Spurensicherung und ggf. einer Autopsie zur vollständigen und akkuraten Dokumentation der Verletzungen sowie einer objektiven Analyse der medizinischen Befunde einschließlich der Todesursache, ergreift.¹⁰⁶

Eine solche Pflicht zur Durchführung einer Wirkungsanalyse unmittelbar nach einem Angriff auf Menschen ist auch nach den ISAF-Regularien zwingend vorgeschrieben, gerade um zivile Opfer auszuschließen oder gegebenenfalls Erste Hilfe leisten zu können.¹⁰⁷ Die Anordnung zur Durchführung eines solchen zeitnahen „Battle Damage Assessment“ wurde pflichtwidrig unterlassen.¹⁰⁸ Eine Analyse der Wirkung des Angriffs am Boden erfolgte erst gegen 12.34 Uhr, obwohl Oberst Klein selbst davon ausging, dass die Aufständischen ihre Leichen schnell bergen würden.

Die Bundesregierung hat es damit versäumt, die *Anzahl der verletzten und getöteten Menschen* zu ermitteln. Aufgrund dieses Versäumnisses basiert nach Ansicht des Generalbundesanwalts keine der später durchgeführten Untersu-

102 Vgl. etwa EGMR, *Nachova v. Bulgarien*, Urteil vom 6. Juli 2005, Nr. 43577/98 und 43579/98, Ziff. 110, ECHR 2005-VII.

103 Vgl. etwa EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 209.

104 Vgl. etwa EGMR, *Güleç* Fn. 91, Ziff. 81-82.

105 Vgl. etwa EGMR, *Kaya v. Türkei*, 19.2.1998, Nr. 158/1996/777/978, Ziff. 87.

106 Vgl. EGMR, *Isayeva*, Fn. 83, Ziff. 212.

107 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 220 ff.

108 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 251, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 335, Stellungnahmen aufgrund Gewährung rechtlichen Gehörs, Gegenäußerungen der Fraktionen, S. 424.

chungen im Hinblick auf die Anzahl der Opfer auf objektiven Kriterien.¹⁰⁹ Um den Anforderungen an eine effektive Untersuchung zu genügen, hätte jedoch unmittelbar nach dem Bombenabwurf eine Autopsie der Leichen vorgenommen werden müssen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass dies zur Nachtzeit nicht oder nicht ohne großes Risiko durchführbar gewesen wäre, wäre jedenfalls zumindest der zeitnahe Einsatz unbemannter Luftfahrzeuge zur Überwachung der Sandbank per Video möglich gewesen, bis Bodentruppen bei Tageslicht dorthin hätten verlegt werden können. In diesem Unterlassen ist auch ein Verstoß gegen die Pflicht einer prompten und beschleunigten Untersuchung als Teil des allgemeinen Effektivitätsgebots¹¹⁰ zu erblicken.

Gleichzeitig wurde es auch versäumt, angemessene Ermittlungen zur *Identität der getöteten Menschen* unmittelbar nach dem Angriff einzuleiten. Als einzige Ermittlungsmethode wurde die Vernehmung von Zeugen gewählt, die jedoch unter den Dorfbewohnern in den dem Angriffsort nahe gelegenen Dörfern allein durch afghanische Behörden durchgeführt wurde. Diese Ermittlungen der Regierungskommission der Islamischen Republik Afghanistan an Präsident Karzai stellen eigenständige Untersuchungen der afghanischen Exekutive dar und gehen nicht auf die Initiative Deutschlands zurück. Das Tactical Psychological Operations Team (TPT) des PRT hat allein das Gespräch mit dem stellvertretenden Bürgermeister des Dorfes Haji Amanmulla gesucht.¹¹¹

Der geheime ISAF-Untersuchungsbericht stützt sich demgegenüber nicht auf eigene Ermittlungen, sondern verweist pauschal auf Untersuchungsergebnisse afghanischer Sicherheitskräfte, ohne die genauen Modalitäten der Ermittlung zu erläutern.¹¹² Im Übrigen geht der ISAF-Untersuchungsbericht von lediglich 30 getöteten und 9 verletzten Zivilpersonen aus und liegt damit weit unter den tatsächlichen Opferzahlen. Ein weiterer als Geheimdokument eingestuft Bericht geht von 74 Toten und 16 Verletzten aus.¹¹³

Weder die genannten ISAF-Berichte noch eine Liste der UN-Mission UNAMA, die 109 getötete und 33 verletzte Personen, also insgesamt 142 geschädigte Personen aufführt, differenzieren zwischen Aufständischen und Zivilpersonen.¹¹⁴ Die Unterscheidung zwischen gegen die NATO kämpfenden bzw. nicht kämpfenden Opfern des Bombenangriffs ist jedoch entscheidend für

109 GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 38.

110 Zu dieser Pflicht vgl. etwa EGMR *Yaşa v. Turkey*, Urteil vom 2. September 1998, Reports 1998-VI, 2431, Ziff. 74; Kaya, Fn. 105, Ziff. 106-107.

111 Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 1), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 72.

112 Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 38.

113 Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 39.

114 Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 39.

die Bewertung möglicher zivilrechtlicher Sanktionsfolgen (oben 1.2.2.1). Auch wenn diese Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein mag, ist dies kein Grund für ein generelles Unterlassen. Zudem haben durch den Angriff bei Kunduz 22 Kinder ihr Leben verloren. Bei Kindern, die auf den Bildern im Gefechtsraum erkannt werden mussten, durfte in keinen Fall ungeprüft davon ausgegangen werden, dass sie zu den Kampfverbänden zählten.

Des Weiteren liegt auch *keine unabhängige Untersuchung* vor. Eine notwendige Autonomie ist nur gesichert, wenn die untersuchende Behörde unabhängig von der militärischen Befehlsstruktur operieren kann.¹¹⁵ Dies ist bei der ISAF-Untersuchungskommission nicht der Fall gewesen. Das „Initial Action Team“ (IAT) der ISAF stand unter der Leitung von Admiral Smith und war damit in die ISAF-Befehlsstruktur eingebunden.

Zudem verlangt der EGMR eine *unverzügliche Vernehmung* des verantwortlichen Soldaten durch einen Experten als völlig unabhängigen Ermittler, soweit diese für die Bewertung der Tötungsumstände von entscheidender Bedeutung sein kann.¹¹⁶ Da es für die rechtliche Bewertung des Luftangriffs bei Kunduz maßgeblich auch auf die mögliche Kenntnis von Oberst Klein von der Anwesenheit von geschützten Zivilpersonen am Tatort ankommt, hätte dieser durch einen unabhängigen Experten in den Tagen nach dem Angriff vernommen werden müssen. Demgegenüber wurden die Ermittlungen durch den Generalbundesanwalt erst sechs Monate nach dem Angriff am 12. März 2010 aufgenommen und die Beschuldigten Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm erst vom 22. bis 25. März 2010 vernommen.¹¹⁷ Die Ermittlungen des Generalbundesanwaltes können schon aufgrund der großen zeitlichen Verzögerung nicht mehr als effektiv gewertet werden.

2.4. Zwischenergebnis

Die Handlungen der Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Einsatzes in Afghanistan müssen die Konventionsrechte achten. Durch die Anordnung des Luftangriffs bei Kunduz wurde gegen die Schutzpflicht des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK verstoßen. Zudem wurde gegen die Pflicht, eine adäquate Untersuchung der Folgen des Angriffs durchzuführen, verstoßen.

¹¹⁵ EGMR, Al-Skeini, Fn. 82, Ziff. 169.

¹¹⁶ EGMR, Al-Skeini, Fn. 82, Ziff. 170.

¹¹⁷ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 4.

3. Grundgesetz

Der Befehl zur Bombardierung der Tanklaster und umstehenden Menschen bei Kunduz könnte zudem eine Verletzung von Grundrechten darstellen, insbesondere des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG). Dann müssten die Grundrechte des Grundgesetzes auch in Auslandseinsätzen der Bundeswehr Anwendung finden (dazu 3.1) und die Tötung von Zivilpersonen im Fall von Kunduz einen ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Leben darstellen (dazu 3.2).

3.1. Anwendbarkeit des Grundgesetzes bei Auslandseinsätzen

Zunächst müssten die Grundrechte auch im Falle von Auslandseinsätzen der Bundeswehr Anwendung finden. Nach Art. 1 III GG sind Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden. Diese Bindung gilt uneingeschränkt; insbesondere findet sich im Verfassungstext weder eine Einschränkung des räumlichen Geltungsbereiches des Grundgesetzes noch eine spezifische Ausnahme für die Bundeswehr. Die Grundrechtsbindung deutscher Soldatinnen und Soldaten bei Auslandseinsätzen wird folglich auch im Schrifttum weit überwiegend bejaht.¹¹⁸

Eine Ausnahme bildet *Isensee*, der die Ansicht vertritt, dass sich ein militärischer Einsatz auf Ebene zwischenstaatlicher Gleichordnung im Rahmen des Völkerrechts bewege, so dass dem Einzelnen keine Grundrechtsposition vermittelt werde.¹¹⁹ Diese dualistische Ansicht, welche im Falle bewaffneter Konflikte ein völkerrechtliches Primat statuieren möchte, ist schon deshalb falsch, weil individuelle Rechtspositionen mittlerweile sehr wohl auch durch das Völkerrecht selbst gewährt werden, so dass dieses keineswegs zu der Anerkennung von subjektiven Grundrechtspositionen nach nationalem Recht in Widerspruch steht. Zudem findet die These der völkerrechtlichen Überlagerung der Grundrechte im Kriegsfall keinerlei Stütze im Grundgesetz, welches sich viel-

118 Vgl. Herdegen in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 71; Murswiek in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 2. Aufl., Art. 2 Rb. 172.; Stoltenberg, Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland? In: ZRP 2008, S. 111 ff.; Werner, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, 2006, S. 170; Weingärtner, Zur Geltung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und der Grundrechte im Rahmen von Auslandseinsätzen der Bundeswehr, in: ders. (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, 2008, S. 87 ff.; Diehl (Fn. 48), S. 9.

119 Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000, § 115 Rn. 90, Fn. 201.

mehr in Art. 1 III GG für eine umfassende Geltung der Grundrechte ausgesprochen hat.

Auch die Bundesregierung scheint davon auszugehen, dass die Grundrechte prinzipiell auf Auslandseinsätze der Bundeswehr Anwendung finden.¹²⁰

Das BVerfG hat sich bislang nur ein einziges Mal zu der Frage der extraterritorialen Geltung der Grundrechte geäußert. In diesem Fall ging es um eine Abhöraktion von Telefongesprächen im Ausland durch deutsche Behörden, die vom Bundesgebiet ausgingen. Das BVerfG bejahte die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses in diesem grenzüberschreitenden Fall und stellte in einem *obiter dictum* ausgehend vom Wortlaut des Art. 1 III GG fest, dass

*„aus dem Umstand, daß diese Vorschrift eine umfassende Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte vorsieht, sich allerdings noch keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungsreichweite der Grundrechte [ergibt]. Das Grundgesetz begnügt sich nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimmt auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Insofern geht es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus. Zum einen ist der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 66, 39 [57 ff.]; 92, 26 [47]). Zum anderen muß das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden. Dieses schließt freilich eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen nicht prinzipiell aus. Ihre Reichweite ist vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Dabei können je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein.“*¹²¹

Aus diesem Urteil lässt sich schließen, dass die Grundrechte grundsätzlich in vollem Umfang eine extraterritoriale Geltung entfalten. Die genaue Reichweite des Schutzbereiches ist dann in Bezug auf die jeweils vorliegende grenzüberschreitende Konstellation, insbesondere unter Berücksichtigung geltender völkerrechtlicher Regeln (Art. 25 GG), zu bestimmen. In Bezug auf Auslandseinsätze der Bundeswehr könnten sich Einschränkungen etwa hinsichtlich positi-

120 Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, BT Drs. 16/6282 vom 29.08.2007, Vorbemerkung.

121 BVerfGE 100 313(362).

ver staatlicher Schutz- und Bereitstellungspflichten ergeben, schon weil diese nicht ohne Zustimmung des fremden Staates auf seinem Gebiet erfüllt werden können.¹²² Prinzipiell keine Konflikte mit dem Territorialitätsprinzip bestehen allerdings bei der Beachtung der abwehrrechtlichen Dimension von Grundrechten, wie sie sich etwa aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergeben.¹²³ Denn die Beachtung von Abwehrrechten ist stets auf ein staatliches Unterlassen gerichtet und kann schon deswegen nicht mit den Souveränitätsrechten des Gebietsstaates in Konflikt geraten. Demnach ist die Geltung des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG) auch bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr im vollen Umfang anzuerkennen.

3.2. *Recht auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG)*

Die Tötung und Verletzung von Zivilpersonen stellt einen Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 II Satz 1 GG dar.

Die Ansicht von *Wiefelspütz*, bereits der Schutzbereich des Rechts auf Leben sei nicht berührt, wenn der Kampfeinsatz in Übereinstimmung mit dem humanitären Völkerrecht erfolgte, kann nicht überzeugen.¹²⁴ Denn die Frage der Bedeutung der Regeln des Konfliktvölkerrechts stellt sich allein auf Rechtfertigungsebene. *Wiefelspütz'* Verweis auf das Chemiewaffen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1987 geht fehl. Das BVerfG setzte sich in diesem Urteil allein mit der Situation der Landesverteidigung (Art. 115a GG) auseinander, so dass sich schon aus diesem Grund keine Rückschlüsse auf die Grundrechtsrelevanz militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr zur Friedenssicherung im Ausland ziehen lassen. Zudem bezieht sich das BVerfG nicht auf die abwehrrechtliche, sondern auf die schutzrechtliche Dimension des Rechts auf Leben, welche Deutschland zu Vorsorgemaßnahmen im Falle möglicher Angriffe von außen hätte verpflichten können:

„Zwar können staatliche Maßnahmen zur Abwehr eines bewaffneten Angriffs von außen mit Gefahren für die eigene Zivilbevölkerung verbunden sein. Solche Gefahren und daraus gegebenenfalls entstehende Schäden zu vermeiden, überschreitet indes die staatlichen Möglichkeiten, wenn eine wirkungsvolle Landesverteidigung, die gerade dem

122 Vgl. dazu von Arnould, Das (Menschen-)Recht im Auslandseinsatz. Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten, in: Weingärtner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, S. 61 (72-73).

123 Von Arnould (Fn. 122), S. 73.

124 Wiefelspütz, Auslandseinsätze der Streitkräfte und Grundrechte, in: NZWehrr 2008, S. 89 (102).

Schutz der freiheitlichen – auch die Grundrechte verbürgenden – Ordnung dient, gewährleistet bleiben soll. Mit der Entscheidung für die militärische Landesverteidigung (Art. 24 II, 87 a, 115 a ff. GG) hat das Grundgesetz zu erkennen gegeben, daß der Schutzbereich des Art. 2 II Satz 1 GG Rückwirkungen auf die Bevölkerung bei einem völkerrechtsgemäßen Einsatz von Waffen gegen den militärischen Gegner im Verteidigungsfall nicht umfaßt; daß ein Einzelner in der Nähe eines Waffendepots lebt oder arbeitet, stellt keinen besonderen Umstand dar, der ausnahmsweise eine andere Beurteilung geböte. Dies bedeutet indessen nicht, daß die öffentliche Gewalt nicht gehalten sein könnte, Vorkehrungen zum Schutze der Zivilbevölkerung zu treffen.“¹²⁵

3.3. Keine Rechtfertigung

Nach Art. 2 II Satz 3 GG darf in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Demnach ist zu prüfen, ob eine gesetzliche Grundlage für den Luftangriff bei Kunduz vorlag. Zudem müsste es sich bei dem Bombenabwurf um einen verhältnismäßigen Eingriff handeln.

Vorliegend handelte es sich nicht um eine Gefechtssituation. Fraglich ist daher, ob es eine Ermächtigungsgrundlage gibt, die es Mitgliedern der Bundeswehr erlaubt, im Rahmen von Auslandseinsätzen außerhalb solcher Situationen gezielte Tötungen vorzunehmen.

Das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen (UZwGBw) regelt u.a. den Schusswaffengebrauch,¹²⁶ ist nach seinem Zweck gem. § 2 jedoch nur auf den Schutz von Anlagen, Einrichtungen und Schiffen der Bundeswehr und der verbündeten Streitkräfte in der Bundesrepublik beschränkt.¹²⁷ Der Anwendungsbereich ist demnach nicht eröffnet.

125 BVerfGE 77, 170 (221).

126 Vgl. § 16 ff. UZwGBw.

127 Vgl. Schott, Brauchen wir eine einfachgesetzliche Regelung für die Mandatserfüllung mit militärischen Mitteln in den Auslandseinsätzen der Bundeswehr? In: Weingärtner (Hrsg.), Die Bundeswehr als Armee im Einsatz (2010), S. 79 (81-84).

Auch das Soldatengesetz enthält keine Befugnisnorm, auch nicht in § 7 SG. Das SG normiert allein eine soldatische Grundpflicht,¹²⁸ der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes zu verteidigen. Selbst wenn dieser Norm auch eine Kompetenzzuweisung mit Außenwirkung zugesprochen werden sollte, bildet sie für einen Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit mangels konkreter Tatbestandsvoraussetzungen keine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage, welche gezielte Tötungen der Bundeswehr im Ausland legitimieren würde.¹²⁹ Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG) erfordert eine gesetzliche Eingriffsgrundlage, die so bestimmt formuliert sein muss, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten ausreichend vorhersehbar und berechenbar sind,¹³⁰ der Verwaltung angemessen klare Handlungsmaßstäbe vorgeben werden und eine hinreichende gerichtliche Kontrolle möglich ist.¹³¹

Ob den Umsetzungsgesetzen zu den völkerrechtlichen Verträgen des humanitären Völkerrechts iVm Art. 59 II Satz 1 GG eine solche Ermächtigungsgrundlage für gezielte Tötungshandlungen der Bundeswehr im Ausland entnommen werden kann, ist umstritten.¹³² In Betracht käme hier als Ermächtigungsnorm insbesondere Art. 51 V lit. b) ZP I, der jedoch aufgrund seiner inhaltlichen Unschärfe kaum den rechtstaatlichen Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Eingriffsgrundlage entspricht (Art. 20 I GG). Grundsätzlich steigen die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz relativ zur Intensität des Grundrechtseingriffs.¹³³ Da es sich bei der gezielten Tötung von Menschen um einen der intensivsten Grundrechtseingriffe überhaupt handelt, müsste die Norm eindeutige Ermächtigungsvoraussetzungen definieren.¹³⁴ Die Norm ist aber als Schutznorm bzw. als Verbotsnorm ausgestaltet, die übermä-

128 Yousif, Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, 2007, S. 171 ff.

129 Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt – ein verdrängtes Problem, NVwZ 2004, S. 803.

130 BVerfGE 31, 255 ff. (264); 37, 132 ff. (142); 45, 400 ff. (420); 52, 1 ff. (41); 56, 1 ff. (12); 62, 169 ff. (183); 78, 205 ff. (212); 83, 130 ff. (145); 84, 133 ff. (149); 87, 234 ff. (263); 108, 52 ff. (75); 110, 33 ff. (53 f.).

131 In diesem Sinne BVerfGE 85, 386 (403 f.); BVerfGE 95, 267 (307).

132 Vgl. Wiefelspütz (Fn. 124); Baldus in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87a Nr. 68 ff.

133 BVerfGE 49, 168 ff. (181); 56, 1 ff. (13); 59, 104 ff. (114); 62, 169 ff. (183); 83, 130 ff. (145); 86, 288 ff. (311); 90, 1 ff. (17); 93, 213 ff. (238); 109, 133 ff. (188); 110, 33 ff. (55).

134 Das verdeutlicht die rechtspolitische Notwendigkeit, eine formal-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in einem Auslandsverwendungsgesetz der Bundeswehr zu schaffen.

ßige Schädigungen der Zivilbevölkerung verbietet. Unterhalb dieser Schwelle bleibt die Verfassungsrechtmäßigkeit von Angriffen umstritten, weil die Ermächtigungsgrundlage zwar völkerrechtlich normiert ist, aber die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsvorgaben nicht erfüllt sind.

Legt man der Norm stets einen relativen Ansatz zu Grunde, so kann die Unverhältnismäßigkeit allein unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, so dass es der Rechtsprechung überlassen bliebe, hinreichend eindeutige Regeln zu entwickeln. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Lufteinsatzes von Kunduz deshalb scheitert, weil der Eingriff das humanitäre Völkerrecht verletzt (siehe oben 1.2.).

Selbst wenn man davon ausgeht, dass das humanitäre Völkerrecht eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage für die Maßnahmen gibt, muss der Luftangriff bei Kunduz den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit entsprechen. Diese können strenger sein als die Anforderungen des humanitären Völkerrechts.

Verfassungsrechtlich ist eine Rechtfertigung von vornherein ausgeschlossen, wenn es sich um einen Eingriff in Art. 1 I GG oder den spezifischen Menschenwürdegehalt eines sonstigen Grundrechtes handelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Tötung unschuldiger Zivilpersonen selbst zur Rettung anderer schlechterdings nicht mit dem Kerngehalt des Rechts auf Leben in Einklang zu bringen. Das BVerfG hat dies für § 14 III des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG) klargestellt.¹³⁵ § 14 III LuftSiG ermächtigte, eine unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt gegen ein Luftfahrzeug vorzunehmen, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass dieses gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr ist. Diese Ermächtigung ermöglichte folglich einen Angriff auf ein entführtes Luftfahrzeug, unabhängig davon, ob dieses mit Passagieren besetzt ist oder nicht. In dieser Indifferenz der Ermächtigungsgrundlage bezüglich der Anwesenheit von Zivilpersonen im Flugzeug sah das BVerfG den entscheidenden Verstoß gegen den Kerngehalt des Rechts auf Leben, der zur Verfassungswidrigkeit der Regelung führte. Zur Begründung führte das Verfassungsgericht aus:

„Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtet; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig

135 BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz.

*verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.*¹³⁶

Diese Grundsätze lassen sich auch auf den vorliegenden Fall übertragen. Denn die Anordnung von Oberst Klein führte zur Tötung sämtlicher Personen, die sich in unmittelbarer Nähe der Tanklaster aufhielten. Oberst Klein hat es dabei unterlassen, die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen, um auszuschließen, dass sich unter den Opfern Zivilpersonen befinden. Ohne eine vorherige Warnung waren diese Menschen dem tödlichen Angriff aus der Luft arg- und wehrlos ausgeliefert und befanden sich in einer ausweglosen Lage. Damit handelte es sich objektiv um eine Behandlung, welche den Subjektstatus der Zivilpersonen missachtete und sie ausschließlich als zu eliminierende Elemente behandelte. Diese Missachtung des Lebens der unbeteiligten Zivilpersonen als Wert an sich kommt subjektiv auch dadurch zum Ausdruck, dass sich Oberst Klein über die Vermutungsregel des Art. 50 I Satz 2 ZP I hinwegsetzte, indem er in einer Situation der Ungewissheit die Kämpfereigenschaft sämtlicher Personen bei der Sandbank unterstellte.

Damit stellt der Einsatze eine mit der Menschenwürde der Zivilpersonen nicht in Einklang zu bringende erniedrigende Behandlung dar.

Ein Teil der Lehre versucht zu argumentieren, dass die Objekt-Formel des BVerfG nur in Friedenszeiten, nicht aber auch in Kriegszeiten Anwendung finden könne.¹³⁷ Eine solche Auslegung findet im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz keine Stütze. Das BVerfG hat an einer Stelle lediglich festgestellt, dass sich die Norm des § 14 III LuftSiG auf den Fall eines „nichtkriegerischen Luftzwischenfalls“ bezieht,¹³⁸ ohne diesen Topos oder den vermeintlichen Gegenbegriff eines „kriegerischen Luftzwischenfalls“ zu definieren. Einer Gleichsetzung des Begriffs des „Kriegerischen“ mit dem Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts für bewaffnete Konflikte steht schon entgegen, dass das Konfliktvölkerrecht seine Anwendbarkeit nicht an den Begriff des „Krieges“ im klassischen Sinne eines Staatenkrieges, sondern an das objektive Vorliegen eines bewaffneten Konflikts knüpft, welcher auch zwischen nicht-staatlichen Parteien vorliegen kann. Auf die subjektive Einschätzung der Konfliktparteien, welcher etwa durch eine offizielle Kriegserklärung Ausdruck verliehen werden könnte, kommt es dabei nicht an. Das Luftsicherheitsgesetz stellte, wie auch das BVerfG zu Beginn seines Urteils hervorhebt, eine Reakti-

136 BVerfGE 115, 118 (154).

137 Robbers (2008), Menschenwürde im Krieg, in: Weingärtner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, S. 24.

138 BVerfGE 115, 118 (153).

on des deutschen Gesetzgebers auf die Anschläge vom 11. September 2001 dar.¹³⁹ Auch wenn im Ergebnis die Angriffe auf das World Trade Center und das Pentagon vom 11. September 2001 als Einzelereignisse richtigerweise noch keinen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts begründen, so wird über die Anwendbarkeit der Regeln des Konfliktvölkerrechts „im Kampf gegen den Terror“ doch kontrovers diskutiert und von der US-Regierung als Rechtfertigungsgrund gegen das harte Vorgehen gegen „unrechtmäßige Kombattanten“ ins Feld geführt.¹⁴⁰ Vor diesem Hintergrund kann die Bezeichnung „nichtkriegerisch“ im Luftsicherheitsurteil des BVerfG nicht als Differenzbegriff zu dem Zustand eines bewaffneten Konflikts im Sinne des humanitären Völkerrechts verstanden werden, sondern zielt in seinem Kern auf die Unterscheidung Verteidigungsfall/Nichtverteidigungsfall im Sinne des Art. 115a ff. GG. Diese Annahme wird auch dadurch gestützt, dass das BVerfG an späterer Stelle im Urteil hervorhebt, dass es über die Frage, ob im Falle der „Abwehr von Angriffen, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind“, eine Einstandspflicht der unbeteiligten Passagiere eines Luftfahrzeuges gefordert werden könne, nicht zu entscheiden habe.

Diese Passage ähnelt dem Mehrheitsvotums des IGH im Gutachten über die Zulässigkeit des Einsatzes von Atomwaffen, welches die Frage offen ließ, ob ein nuklearer Zweitschlag unter extremen Umständen der Selbstverteidigung, wenn es um das Überleben eines Staates ginge, zulässig oder unzulässig ist.¹⁴¹ Die Frage, inwieweit eine solche Ausnahmesituation auch die Tötung unschuldiger Zivilpersonen zulässt, kann dahinstehen, denn in Bezug auf den Luftangriff bei Kunduz war kein Verteidigungsfall gegeben. Demnach ist die Objekt-Formel auch auf das Handeln der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen anwendbar.

3.4. Grundrechtsverletzung

Nach dem Wertungsmaßstab des Grundgesetzes handelt es sich bei einer Tötung von unbeteiligten Zivilpersonen, die einem tödlichen Angriff ohne eine vorherige Warnung ausgeliefert sind, um einen nicht rechtfertigbaren Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG). Im Unterschied zum Maßstab des Art. 51 V lit. b ZP I kommt es demnach nicht mehr auf die Verhältnismäßigkeit des zivilen „Kollateralschadens“ im Verhältnis zum mili-

139 BVerfGE 115, 118 (119).

140 Vgl. etwa Steiger, "Krieg" gegen den Terror? - Über die Anwendbarkeit des Kriegsvölkerrechts auf den Kampf gegen den Terrorismus, HFR 14/2009, S. 6 ff.

141 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, S. 226 (266).

tärischen Vorteil an.

4. *Zwischenergebnis*

Durch den Luftangriff bei Kunduz wurde gegen folgende Normen verstoßen:

- Der Luftangriff verletzte das humanitär völkerrechtliche Verbot *unverhältnismäßiger Kollateralschäden* (Art. 51 V lit. b ZP I).
- Im Vorfeld des Angriffs wurde gegen die *Aufklärungspflicht* verstoßen (Art. 51 ZP I).
- Bei der Durchführung des Luftangriffs wurde gegen die *Warnpflicht* verstoßen (Art. 51 ZP I).
- Der Luftangriff verletzte das *Recht auf Leben* der getöteten Zivilpersonen gem. Art. 2 EMRK.
- Nach dem Luftangriff wurde die *Untersuchungspflicht* aus Art. 2 I EMRK verletzt.
- Schließlich ist die gezielte Tötung geschützter Zivilpersonen durch den Luftangriff bei Kunduz als *Menschenwürdeverstoß* (Art. 1 I GG) zu werten.

II. *Subjektive Rechte*

Fraglich ist, ob die Einhaltung der verletzten Regeln auch den Geschädigten gegenüber geschuldet ist, ob eine Regelverletzung also einen subjektiven Anspruch auslösen kann.

1. *Humanitäres Völkerrecht*

Es besteht in der Folge in der Völkerrechtspraxis Konsens, dass die kriegsvölkerrechtlichen Primärregeln Einzelpersonen unmittelbar berechtigen (und verpflichten) können. Dies entspricht auch ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das BVerfG anerkennt insbesondere im Hinblick auf die hier verletzten Regeln des humanitären Völkerrechts den

*„primärrechtlichen Anspruch der betroffenen Personen auf Einhaltung der Verbote des humanitären Völkerrechts [...]“*¹⁴²

Demnach erzeugen die festgestellten Verletzungen von Art. 51 V lit. b und Art. 57 ZP I nach Maßgabe des Art. 25 GG auch innerstaatlich im Recht der Bundesrepublik Deutschland Rechtspositionen, auf die sich der Einzelne vor deutschen Gerichten berufen kann.

Auch der BGH führte darum in der *Distomo*-Entscheidung richtig aus, dass die Amtspflicht,

„sich nicht in völkerrechtswidriger, kriegsverbrecherischer Art und Weise an fremdem Leben und Eigentum zu vergreifen“,¹⁴³

drittbezogen ist.¹⁴⁴

2. *Europäische Menschenrechtskonvention*

Die betroffenen Normen der EMRK verleihen subjektive Rechtspositionen, deren Verletzung auch im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.¹⁴⁵

¹⁴² BVerfG, 2 BvR 1379/01 vom 28.6.2004, Rdn. 38 – Zwangsarbeiter, Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ (Nichtannahmebeschluss).

¹⁴³ BGH, NJW 2003, 3488, 3492. Das Wort „kriegsverbrecherisch“ ist hier als eine Klarstellung der Taten, nicht als eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Amtspflicht gemeint.

¹⁴⁴ BGH, NJW 2003, 3488, 3492.

¹⁴⁵ BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü.

3. *Grundgesetz*

Auch Art. 2 II GG verleiht einen subjektiven Rechtsanspruch.

4. *Zwischenergebnis*

Die Normen des humanitären Völkerrechts sind auf den Schutz bestimmter Gruppen und Einzelpersonen gerichtet. Die Klägerinnen und Kläger können sich auf den drittschützenden Charakter der verletzten Normen des Art. 51 V lit. b) ZP I und Art. 57 I ZP berufen, weil sie zu den von diesen Vorschriften geschützten unbeteiligten Zivilpersonen gehören.

Auch die Menschenrechte der EMRK und die Grundrechte vermitteln subjektive Rechte.

III. Zurechnung zur Bundesrepublik Deutschland

Der Luftangriff bei Kunduz müsste zudem der Bundesrepublik Deutschland zurechenbar sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn das Handeln ausschließlich einer Internationalen Organisation (IO) – den Vereinten Nationen oder der NATO – oder der Islamischen Republik Afghanistan zugerechnet werden müsste. Zu differenzieren ist zwischen Zurechnungsregeln nach dem Völkerrecht (dazu 1), der EMRK (dazu 2) und dem Grundgesetz (dazu 3).

1. Humanitäres Völkerrecht

Zunächst ist festzustellen, dass die im Rahmen des ISAF-Einsatzes in Afghanistan stationierten Soldatinnen und Soldaten keinen Streitkräftekontingenten angehören, welche aufgrund ihrer organisationsrechtlichen Eingliederung als Organ einer Internationalen Organisation angesehen werden könnten, so dass ihre Handlungen ausschließlich dieser Organisation zuzurechnen wären. Es fehlt an einer allgemeinen Regelung, welche etwa den VN oder der NATO ein direktes Zugriffsrecht auf entsprechende Streitkraft-Dispositive erlauben würde. Die Übertragung der operativen Befehlsgewalt (*operational command*) auf die NATO oder der endgültigen Entscheidungsgewalt und Kontrolle (*ultimate authority and control*) auf die UNO im Rahmen der Vereinbarungen über den konkreten Einsatz führt nicht zu einer ausreichenden Eingliederung der eingebundenen mitgliedstaatlichen Streitkräfte in die IO. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil die disziplinarrechtliche und strafrechtliche Sanktionsbefugnis über die in Afghanistan eingesetzten Truppen weiterhin bei den jeweiligen Entsendestaaten verbleibt. Demnach handelt die Bundeswehr in Afghanistan als Organ der Bundesrepublik Deutschland und nicht als Organ einer internationalen Organisation.

Entscheidend für die Zurechnung des Einsatzes zur Bundesrepublik ist es, wer die effektive Kontrolle über den Einsatz ausgeübt hat. Diese Zurechnungskriterien hat die International Law Commission (ILC) in Art. 7 des Entwurfes über die Verantwortlichkeit internationaler Organisationen im Einklang mit der völkerrechtlichen Praxis wie folgt zusammengefasst:

“The conduct of an organ of a State (or an organ or agent of an international organization) that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act

of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.“¹⁴⁶

In der Kommentierung der Vorschrift stellt die ILC maßgeblich auf die faktische Ausübung der tatsächlichen Kontrolle über das Staatsorgan im konkreten Einzelfall ab:

*„The criterion for attribution of conduct either to the contributing State or organization or to the receiving organization is based according to article 7 on the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization’s disposal.”*¹⁴⁷

Diesen Ansatz verfolgend hat das niederländische Berufungsgericht Den Haag im Juli 2011 in zwei Fällen den Angehörigen zweier Opfer des Massakers von Srebrenica Schadensersatz zugesprochen. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass zum entscheidenden Zeitpunkt die Regierung in Den Haag und nicht die VN die effektive Kontrolle über die unter UN-Mandat in der Schutzzone von Srebrenica 1995 stationierten niederländischen Truppen innehatte.¹⁴⁸

Diese Abgrenzungskriterien sind für die deutschen ISAF-Truppen im Hinblick auf die VN (dazu 1.1) und die NATO (1.2) zu überprüfen.

1.1. Keine effektive Kontrolle der Vereinten Nationen

Im Hinblick auf die Vereinten Nationen fehlt es schon an einem Zurverfügungstellen von Streitkräften im Rahmen des Afghanistan-Einsatzes der ISAF. Denn die VN haben die Sicherheitsmission nur durch eine entsprechende Resolution des Sicherheitsrates nach Kapitel VII VN-Charta autorisiert, ohne dass den VN eine generelle oder besondere Befehlsgewalt über die von den Mitgliedstaaten entsandten Streitkräfte eingeräumt worden wäre.

146 Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, ILC, Sixty-third Session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/66/10), 19. Hervorhebung durch d. Verf.

147 ILC (Fn. 146), 20, Hervorhebung durch d. Verf.

148 Court of Appeal Den Haag, Az. 200.020.173/01, Urteil vom 5. Juli 2011, englische Übersetzung abrufbar unter (31.10.2011): <<http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5386>>. Siehe paras. 5.8 and 5.9.

1.2. Keine effektive Kontrolle der NATO

Auch in Bezug auf die NATO fehlt es an einer allgemeinen Befugnis, über die in Afghanistan stationierten Truppen der Vertragsstaaten zu disponieren. Denn es wurden keine Weisungs- und Kontrollbefugnisse der Truppen stellenden Staaten auf die NATO übertragen.¹⁴⁹ Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, würde es an dem Merkmal der effektiven Kontrolle durch einen NATO-Befehlshaber fehlen. Denn die tatsächliche Befehlsgewalt über den Luftangriff bei Kunduz lag in diesem Fall bei dem Kommandeur der Task Force 47 des Provincial Reconstruction Teams (PRT) für die Region Kunduz, Oberst Klein. Dieser handelte als deutscher Soldat. Denn die PRTs werden von der jeweiligen Leitnation eigenständig geführt. Die Bundeswehr ist für den ISAF-Regionalbereich Nord seit der Übernahme der Raumverantwortung durch einen deutschen Offizier als Befehlshaber im März 2006 verantwortlich. Demnach verfügte Oberst Klein am 4. September 2009 über die effektive Kontrolle über die Ausführung des Luftangriffs, so dass sein Handeln der Bundesrepublik Deutschland zurechenbar ist.

1.3. Keine Zurechnung zur Islamischen Republik Afghanistan

Das Handeln des Oberst Klein ist auch nicht etwa allein der Islamischen Republik Afghanistan zuzurechnen, weil diese in den ISAF-Einsatz eingewilligt hat. Nach Art. 6 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit, welcher das geltende Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt, kann das Verhalten eines Staatsorgans einem fremden Staat nur dann zugerechnet werden, wenn dieses in Ausübung hoheitlicher Befugnisse des Staates handelt, dem es zur Verfügung gestellt wird.¹⁵⁰ Eine generelle Einwilligung der Truppenstationierung ist dafür nicht ausreichend.

1.4. Zwischenergebnis

Indem Oberst Klein die effektive Kontrolle über den Luftangriff bei Kunduz ausübte, ist sein Handeln der Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich zurechenbar.

¹⁴⁹ Vgl. Diehl (Fn. 48), S. 11.

¹⁵⁰ ILC-Entwurf Responsibility of States for international wrongful acts, Anlage zur Resolution 56/83 der GV, vom 12.12.2001.

2. Europäische Menschenrechtskonvention

Der EGMR hat, ausgehend von der Entscheidung *Behrami und Saramati*, abweichend von den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen eigene Zurechnungskriterien für Auslandseinsätze der Vertragsstaaten im Rahmen Internationaler Organisationen entwickelt.¹⁵¹

2.1. Keine Zurechnung zu den Vereinten Nationen

In der verbundenen Rechtssache *Behrami und Saramati* hat der EGMR die Beschwerden als unzulässig zurückgewiesen, weil die betreffenden Handlungen französischer, deutscher und norwegischer Soldaten im Kosovo nicht den Vertragsparteien, sondern allein der Kosovo Force (KFOR), bzw. der United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) und damit mittelbar den Vereinten Nationen zugerechnet werden konnten. In Bezug auf die UNMIK stellte der EGMR auf den Status als Nebenorgan der VN ab.¹⁵² In Bezug auf die KFOR lautete die Kernfrage zur Beantwortung der Zurechenbarkeit der Missionen gegenüber den VN,

*„ob der Sicherheitsrat seine endgültige Entscheidungsgewalt und Kontrolle [ultimate authority and control] behalten hat und nur die operative Befehlsgewalt übertragen worden ist.“*¹⁵³

Bei der Beantwortung dieser Grundfrage stellte der Gerichtshof erstens darauf ab, dass eine *Ermächtigung* durch den Sicherheitsrat auf Grundlage von Kapitel VII der UN-Charta vorlag. Zweitens sei diese Übertragung durch das UN-Mandat *hinreichend klar und bestimmt* erfolgt und drittens hätten die Befehlshaber der Militärpräsenz nach der Entschließung des Sicherheitsrates diesem *Rechenschaft* abzulegen, um ihm zu ermöglichen, seine Befugnisse und Gesamtkontrolle wahrzunehmen.¹⁵⁴

Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf den ISAF-Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan nicht gegeben. Zwar wird die ISAF-Mission auf eine Mandatierung des Sicherheitsrates gestützt. Anders als im Fall der KFOR handelt es sich jedoch nicht um eine klassische UN-Friedensmission, bei welcher

151 EGMR, *Behrami, Behrami gegen Frankreich*, Nr. 714112/01, und *Saramati gegen Frankreich, Deutschland und Norwegen*, Nr. 78166/01, Urteil vom 02.05.2007.

152 EGMR, *Behrami und Saramati* (Fn. 151), Ziff. 143.

153 EGMR, *Behrami und Saramati* (Fn. 151), Ziff. 133.

154 EGMR, *Behrami und Saramati* (Fn. 151), Ziff. 134 ff.

die endgültige Entscheidungsgewalt und Kontrolle bei den VN verbleibt.¹⁵⁵ Zudem wäre die Ermächtigung in Resolution 1386 und den Folgeresolutionen kaum ausreichend, um dem Bestimmtheitserfordernis des EGMR in Bezug auf die konkrete Aufgabenzuweisung zu entsprechen. Demnach kann das Handeln der ISAF-Truppen in Afghanistan nicht den VN zugerechnet werden. In diesem Sinne hat der EGMR auch nicht den Einwand des Vereinigten Königreichs im Fall *Al-Skeini* gelten lassen, das Handeln britischer Soldaten im Irak sei wegen der Einbindung in eine multinationale Operation und der späteren Ermächtigung des Sicherheitsrates nicht mehr Großbritannien zurechenbar.¹⁵⁶

2.2. *Keine Zurechnung zur NATO*

Die im Fall *Behrami und Saramati* vom EGMR entwickelten Zurechnungskriterien bezüglich der VN lassen sich nicht auf andere Internationale Organisationen wie die NATO übertragen. Die Kriterien zur Abgrenzung der Zurechnung zwischen Vertragsstaat und VN sind vom Gerichtshof vor dem Hintergrund der besonderen Rechtstellung des Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta entwickelt worden. Dabei ging es dem EGMR vor allem darum, einem möglichen Kompetenzkonflikt mit dem Sicherheitsrat als Hüter des Weltfriedens vorzubeugen, dessen Beschlüsse nach Art. 25 UN-Charta für die Mitglieder der Vereinten Nationen bindend sind. Diese Gefahr ist bei der NATO nicht gegeben. Demnach bleibt es hier bei den allgemeinen Zurechnungsregeln des Völkerrechts, so dass das Handeln von Oberst Klein Deutschland zuzurechnen ist (oben 1.2).

2.3. *Keine Zurechnung zu Afghanistan*

Die im Fall *Behrami und Saramati* vom EGMR entwickelten Zurechnungskriterien bezüglich der VN lassen sich auch nicht auf den Einsatzstaat übertragen. Der EGMR hat in der Entscheidung *Bankovic* vielmehr ausdrücklich festgestellt, dass eine Einwilligung eines Einsatzstaates die Verantwortung des Entsendestaates im Sinne der EMRK nicht ausschließt (oben I.2.1.1). Demnach ist in Bezug auf die Islamische Republik Afghanistan auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts abzustellen, so dass das Handeln von Oberst Klein allein der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen ist (oben 1.3).

¹⁵⁵ Vgl. Diehl (Fn. 48), S. 11.

¹⁵⁶ Vgl. EGMR, *Al-Skeini* (Fn. 82), Ziff. 97 u. 149 f.

2.4. *Zwischenergebnis*

Auch nach der Rechtsprechung des EGMR muss das Verhalten Oberst Kleins beim Luftangriff bei Kunduz Deutschland zugerechnet werden.

3. *Grundgesetz*

Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts ist es entscheidend, ob die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 24 I GG Hoheitsrechte auf eine zwischenstaatliche Einrichtung übertragen hat.¹⁵⁷ Nur dann wäre das Verhalten unter Umständen der IO und nicht mehr Deutschland zuzurechnen.¹⁵⁸ Eine Übertragung von Hoheitsrechten wäre nur dann zu bejahen, wenn Streitkräftekontingente allein einer IO zugeordnet würden, so dass diese völkerrechtlich als Organ der IO angesehen werden müssten. Dies ist nicht der Fall (oben 1). Selbst wenn sich deutsche Soldatinnen und Soldaten in Auslandseinsätzen einer fremden Kommandostruktur unterwerfen, wird die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung gemäß Art. 65a GG nicht außer Kraft gesetzt.¹⁵⁹ Daraus ist zu schließen, dass das Handeln der Bundeswehr in Afghanistan jederzeit einen Akt deutscher Staatsgewalt darstellt.

4. *Zwischenergebnis*

Das Handeln des Oberst Klein im Fall des Luftangriffs bei Kunduz ist der Bundesrepublik sowohl nach den Maßstäben des Völkerrechts als auch nach den Grundsätzen der EMRK und des Grundgesetzes zurechenbar.

157 BVerfGE 58, 1 (27).

158 Zimmermann/Jöten, Extraterritoriale Staatenpflichten und internationale Friedensmissionen, in: MenschenRechtsMagazin 1/2010, S. 5 (14).

159 Zimmermann/Jöten (Fn. 158), S. 15.

C. Zusammenfassung

Insgesamt sind die Ergebnisse in Bezug auf die drei Ausgangsfragen wie folgt zusammenzufassen:

I. Regelverstöße

1. Einsatzregeln

Sofern bei dem Lufteinsatz bei Kunduz die geltenden Rules of Engagement (RoE) des ISAF-Einsatzes verletzt wurden, kann diese Verletzung Rechtsverstöße des humanitären Völkerrechts indizieren. Sofern die RoE sorgfaltsmaximierende Regelungen treffen, ist ein Abweichen von diesen Regelungen begründungsbedürftig.

2. Humanitäres Völkerrecht

Der Luftangriff bei Kunduz verletzte, unabhängig vom subjektiven Vorstellungsbild Oberst Kleins, in jedem Fall drei grundlegende Schutznormen des humanitären Völkerrechts: Die Anordnung des Angriffs verletzte das völkergewohnheitsrechtliche Verbot unverhältnismäßiger Kollateralschäden (Art. 51 V lit. b ZP I). Im Zuge des Luftangriffs bei Kunduz wurde zudem gegen die völkergewohnheitsrechtliche Vorsorgepflicht zur sachgerechten Aufklärung des Angriffsziels (Art. 57 II lit. a ZP I) und die völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Warnung (Art. 57 II lit. c ZP I) verstoßen.

3. EMRK

Die Handlungen der Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Einsatzes in Afghanistan müssen die EMRK achten. Durch die Anordnung des Luftangriffs bei Kunduz wurde gegen die Schutzpflicht des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK verstoßen. Zudem wurde gegen die Pflicht, eine adäquate Untersuchung der Folgen des Angriffs durchzuführen, verstoßen.

4. Grundrechte

Nach dem Wertungsmaßstab des Grundgesetzes handelt es sich bei einer Tötung von unbeteiligten Zivilpersonen, die einem tödlichen Angriff ohne eine vorherige Warnung ausgeliefert sind, um einen nicht rechtfertigbaren Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG). Im Unterschied zu dem Maßstab des Art. 51 V lit. b ZP I kommt es im Rahmen der grundgesetzlichen Wertung nicht mehr auf die Verhältnismäßigkeit des zivilen „Kollateralschadens“ im Verhältnis zum militärischen Vorteil an.

II. Subjektivierung

5. Humanitäres Völkerrecht

Die Normen des humanitären Völkerrechts sind auf den Schutz bestimmter Gruppen und Einzelpersonen gerichtet. Die Opfer können sich auf den dritt-schützenden Charakter der verletzten Normen des Art. 51 V lit. b ZP I und Art. 57 I ZP berufen, weil sie zu den von diesen Vorschriften geschützten unbeteiligten Zivilpersonen gehören.

6. EMRK und GG

Auch die Menschenrechte der EMRK und die Grundrechte vermitteln subjektive Rechte.

III. Zurechnung

7. Rechtsverantwortung der Bundesrepublik Deutschland

Das Handeln des Oberst Klein im Fall des Luftangriffs bei Kunduz ist der Bundesrepublik sowohl nach den Maßstäben des humanitären Völkerrechts als auch nach den Grundsätzen der EMRK und des Grundgesetzes zurechenbar.

Jüngste ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform oder elektronisch auf www.zerp.eu)

- DP 1/11 *Christian Joerges / Tobias Pinkel* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?, May 2011
- DP 3/10 *Michelle Everson / Frank Rodriguez*, What Can the Law do for the European System of Central Banks? Good Governance and Comitology 'within' the System, December 2010
- DP 2/10 *Andreas Fischer-Lescano*, Europäische Rechtspolitik als transnationale Verfassungspolitik. Soziale Demokratie in der transnationalen Konstellation, February 2010
- DP 1/10 *Andreas Fischer-Lescano / Christian Joerges / Arndt Wonka* (Hrsg.), The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives, January 2010
- DP 3/09 *Andreas Fischer-Lescano/Lena Kreck*, Piraterie und Menschenrechte. Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta, June 2009
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, March 2009
- DP 1/09 *Florian Rödl*, Europäische Arbeitsverfassung, February 2009
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypotheec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, July 2008
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, July 2008
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, June 2008

Online verfügbare ZERP-Arbeitspapiere

(ZERP-Arbeitspapiere erscheinen nur online)

- WP 3/2011 *Katharina Ewert*, Die Überprüfung von Schiedssprüchen auf ihre Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht im Anschluss an die Eco Swiss-Entscheidung des EuGH, September 2011
- WP 2/2011 *Andreas Fischer-Lescano / Carsten Gericke*, The ICJ and Transnational Law. The “Case Concerning Jurisdictional Immunities” as an Indicator for the Future of the Transnational Legal Order, September 2011
- WP 1/2011 *Klaus Sieveking*, Ende einer Dienstfahrt: Erinnerungen an eine Bremer akademische Professionalisierung, May 2010
- WP 4/2010 *Thurid Ilka Gertich*, Menschenrechte in Chile am Beispiel des Zugangs zu AIDS-Medikamenten, April 2010
- WP 3/2010 *Christian Joerges / Christoph Schmid*, Towards Proceduralisation of Private Law in the European Multi-Level System, January 2010
- WP 2/2010 *Andreas Fischer-Lescano / Carsten Gericke*, Der IGH und das transnationale Recht. Das Verfahren BRD ./.. Italien als Wegweiser der zukünftigen Völkerrechtsordnung, January 2010
- WP 1/2010 *Johanna Wallenhorst / Marie Vaudlet*, Rechtsfolgen des Einsatzes privater Sicherheits- und Militärfirmen, January 2010
- WP 10/2009 *Klaus Sieveking*, Introduction of political participation rights for non-EU-national immigrants in Germany, November 2009
- WP 9/2009 *Christoph U. Schmid*, The ‘Three Lives’ of European Private Law, Oktober 2009
- WP 8/2009 *Franz Christian Ebert*, Between Political Goodwill and WTO-Law: Human Rights Conditionality in the Community’s New Scheme of Generalised Tariff Preferences (GSP), September 2009